Die Geschäftsführungsmacht des offenen Handelsgesellschafters.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LUGD. BAT BIBL.

Max Fiedler

Referendar in Leipzig.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Literaturverzeichnis	VII
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die Geschäftsführungsmacht und ihr Gegensatz zur Vertretungsmacht	3
§ 3.	Die Voraussetzungen der Geschäftsführungsmacht	18
§ 4.	Die Entstehung der Geschäftsführungsmacht	22
§ 5.	Die Arten der Geschäftsführungsmacht	24
§ 6.	Der Umfang der Geschäftsführungsmacht	31
§ 7.	Das Widerspruchsrecht des geschäftsführenden Gesellschafters	38
§ 8.	Das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter	41
§ 9.	Die Rechte und Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters	44
§ 10.	Die Beendigung der Geschäftsführungsmacht	55

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0115

Literaturverzeichnis.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Erlangen 1870.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler-Ring. Bd. 19, 28. Berlin.

Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Heck, Rümelin, Wendt, Bülow und v. Kohlhaas. Bd. 93. Tübingen u. Leipzig.

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts von Busch. Bd. 2, 15, 18.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin u. Leipzig 1886.

Berner, Die Gründung und Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien. Leipzig 1904.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Bd. 37.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 3, 13. Leipzig.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. Jena 1901.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2, 2. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband-Staub. 1903.

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig-Berlin 1904.

Endemann, Handbuch des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 2, 9, 15, 20–22, 24–27, 31, 36, 52, 54, 57.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 2, 6, 7, 16, 18, 19, 20, 25.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Denkschrift. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

v. Górski, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1905.

Grühl, Die Rechtsstellung des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters. Diss. Borna-Leipzig 1907.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Braunschweig 1879.

Holdheim, Wochen- später Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. Bd. 1, 9, 14.

Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Gerber-Ihering. Bd. 2.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1901.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht von Düringer-Jaeger-Könige. 3. Jahrg. 1909 Nr. 8 u. 9.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 1, 2. Berlin 1896.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907. Berlin.

Preußischer Entwurf des Handelsgesetzbuchs.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, herausgegeben von Lutz.

Recht, herausgegeben von Soergel. Jahrg. 1902, 1903.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann) auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 8, 9.

Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Bd. 1, 2. Leipzig 1902.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 37, 48, 61.

Sohm, Der Gegenstand. Leipzig 1905.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. Bd. 1 1907, Bd. 2, 2 1908. München.

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin u. Leipzig 1886.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt. Bd. 10, 14, 22, 35, 36, 39, 41, 42, 45, 54, 55.

§ 1.

Einleitung.

Der in Literatur und Praxis heute herrschenden Lehre, daß die offene Handelsgesellschaft des geltenden Rechtes eine Gesellschaft nach Art derjenigen des bürgerlichen Rechts, also keine juristische Person, sondern eine Gemeinschaft zu gesamter Hand sei, schließen wir uns an. Wenn nun auch der Gesetzgeber die offene Handelsgesellschaft ihrem rechtlichen Wesen nach der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nachgebildet hat, so hat ihn dies doch nicht gehindert, jene verschiedentlich mit Sonderrechten auszustatten. Er hat es getan in dem Bestreben, sie zu freierem, selbständigem Auftreten im Handelsverkehre zu befähigen. Nicht mit Unrecht bezeichnet Gierke[1]) die so gestaltete offene Handelsgesellschaft als den handelsrechtlichen Ausbau der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Zu den Sonderrechten der offenen Handelsgesellschaft gehört vor allem die gemeinschaftliche Firma. Unter ihr betreiben die in der Gesellschaft vereinigten Personen ein Handelsgewerbe. Bei der offenen Handelsgesellschaft bildet die Firma ein Begriffsmerkmal (§ 105 HGB.), anders bei den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. Soweit diese einen Namen haben, unter dem sie auftreten, bedeutet er bei ihnen kein Essentiale des Begriffs der Gesellschaft, und zum andern äußert er keine spezifischen Rechtswirkungen, wenn er auch tatsächliche Bedeutung gewinnen kann. Die Firma der offenen Handelsgesellschaft dagegen genießt den Schutz, den die Rechtsordnung jedem kaufmännischen Namen gewährt (vgl. insbes. § 30 HGB.).[2])

---

[1]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 115.

[2]) s. hierzu Gierke, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 121.

Unter ihrer Firma tritt die offene Handelsgesellschaft in den Verkehr, unter diesem Namen kann sie handeln, ihm dankt sie ihre Handlungsfähigkeit. Wie vollzieht sich nun aber das Handeln?

Diese Frage führt zu einer kurzen Erörterung der Verfassung der offenen Handelsgesellschaft. Geschichtlich stammt sie aus der alten Ganerbschaft, d. i. die Gemeinschaft der Hausgenossen. Diese sind Miterben; am Hausvermögen besteht Gesamteigentum der Hausgenossen. Die Ganerbschaft als Handeltreibende bildet den geschichtlichen Hintergrund der offenen Handelsgesellschaft.

Diesem geschichtlichen Ursprunge entspricht ihre Verfassung. Sie ist demokratisch: es gilt das Prinzip der Gleichberechtigung aller. Es kann grundsätzlich jeder Gesellschafter für die Gesellschaft handeln. Die Geschäftsführung ist eine einheitliche, keine gemeinschaftliche. Die Handelsgesellschaft ist im Gegensatz zu der des Bürgerlichen Gesetzbuchs organisiert. Sie tritt nach außen als Einheit auf, doch ist sie keine von den einzelnen Gesellschaftern abstrahierte Personeneinheit; sie ist ein Subjekt, jedoch kein Rechtssubjekt; sie ist handlungs-, aber nicht rechtsfähig.[3])

Das Bedürfnis, den Gesellschaftern für die Regelung ihrer inneren Rechtsverhältnisse nach sachlichen und persönlichen Rücksichten in weitgehendem Maße Freiheit zu lassen, andrerseits aber nach außen feste, klare und bestimmte Grundlagen für den Handelsverkehr zu schaffen, hat in der Verfassung der offenen Handelsgesellschaft zu einer eigenartigen Scheidung zwischen der Vertretung der Gesellschaft und der Geschäftsführung im engeren Sinne geführt.

Aufgabe dieser Abhandlung soll es sein, die begriffliche Scheidung beider zu versuchen, an die sich dann eine eingehende Erörterung der Geschäftsführung im engeren Sinne anschließen soll.

---

[3]) vgl. hierzu Sohm, Der Gegenstand, in den „3 Beiträgen zum bürgerlichen Recht" S. 65 ff.; a. A. Gierke, z. B. Genossenschaftstheorie S. 343, 344, 494; Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 121.

§ 2.

Die Geschäftsführungsmacht und ihr Gegensatz zur Vertretungsmacht.

Noch immer herrscht Streit darüber, was unter „Vertretung“ und „Geschäftsführung“ zu verstehen ist. Auf eine scharfe, grundsätzliche Scheidung beider weist das Handelsgesetzbuch mit Deutlichkeit hin. Es muß auffallen, daß das Gesetzbuch bei Regelung der Rechtsverhältnisse der offenen Handelsgesellschaft das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander in Titel 2 (§§ 109—122) und von diesem getrennt das der Gesellschafter zu Dritten im folgenden Titel (§§ 123—130) behandelt und dabei in jenem alles Handeln in Gesellschaftsangelegenheiten als „Geschäftsführung“, in diesem dagegen als „Vertretung“ bezeichnet. Das neue Handelsgesetzbuch folgt darin neueren Kodifikationen, doch arbeitet es gleich dem alten Handelsgesetzbuch, das ebenfalls diese Scheidung vorgenommen hatte, mit beiden Ausdrücken, ohne sie zu definieren; auch das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet beide Begriffe unter Verzicht auf irgendwelche Erläuterung.

In der Praxis zeigt es sich, daß beide Begriffe sich meist sehr eng berühren, ja sich augenscheinlich zu einem einheitlichen Begriffe miteinander verquicken. Mit dieser Erscheinung hat man sich in der Literatur mehrfach dadurch abgefunden, daß man beide — Geschäftsführung und Vertretung — als notwendig und untrennbar zusammengehörige Begriffe aufgefaßt, ja in ihnen nur zwei verschiedene Seiten — und zwar in jener die innere, in dieser die äußere — eines einheitlichen Begriffes, der Verwaltung oder Geschäftsführung im weiteren Sinne, erblickt hat. Nach dieser Auffassung muß also der vertretungsbefugte Gesellschafter zugleich Geschäftsführungsmacht besitzen und umgekehrt.

Wo diese Anschauung vertreten wird, da zeigt es sich zumeist, daß zwischen Vertretung und Geschäftsführung entweder gar nicht oder in unklarer, verschwommener Weise geschieden wird, so daß beide Seiten der „Verwaltung“ schließlich ineinander übergehen. Das scheint der Fall zu sein bei den Verfassern des Frankfurter Entwurfes eines deutschen Handelsgesetzbuchs von 1849 und des

den Beratungen der Nürnberger Konferenz zugrunde gelegten preußischen Entwurfs. Hierauf deutet der Umstand, daß in jenem der Ausdruck „Vertretung" überhaupt nicht und in diesem nur vereinzelt anzutreffen ist.[1]) Der gleichen Auffassung begegnet man in der Literatur zur Lehre von der offenen Handelsgesellschaft.

Gegen diese unklare Behandlung der Begriffe wandte sich zuerst Laband in einer Kritik des Kommentars zum allgem. deutschen Handelsrecht von Anschütz[2]) und betonte, daß die Geschäftsführungsmacht und die Vertretungsbefugnis durchaus nicht in einem notwendigen Zusammenhange stünden, daß vielmehr ein zur Firmierung befugter Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein könnte und umgekehrt ein geschäftsführender Gesellschafter von der Vertretung.

Hieran reihten sich eine Anzahl Schriftsteller, die zum Teil schieden zwischen Vertretung und Geschäftsführung, aber die Grenzen zwischen beiden verschieden bestimmten. Insbesondere verfolgte die obenerwähnte Schrift von Gorski den Zweck, die grundsätzliche Trennung beider Begriffe aufs strengste in allen ihren Konsequenzen durchzuführen.

Mangels einer gesetzlichen Definition muß versucht werden, aus den Vorschriften des geltenden Rechts die Begriffe abzuleiten.

Neben der äußerlichen Scheidung von Geschäftsführung und Vertretung in Titel 2 u. 3 sind es vor allem die Bestimmungen über den Umfang beider Befugnisse (§§ 116 u. 126 HGB.), die Aufschluß gewähren können.

An die Vorschrift des § 116 HGB., wonach sich die Geschäftsführung „auf alle Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt", knüpft sich als die entscheidendste Frage die: welcher Art sind die „Handlungen", umfassen sie insbesondere auch die rechtsgeschäftlichen Handlungen gegenüber Dritten?

Bei Beantwortung dieser Frage hat Grühl[3]) aus der Tat-

[1]) vgl. auch v. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft S. 4, 5.

[2]) In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 14 S. 642.

[3]) Die Rechtsstellung des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters, Leipziger Diss. 1907, S. 1 ff.

sache, daß das Gesetz die Geschäftsführung in dem Titel „Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander" behandle, während es im folgenden Titel „das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten" regele, den Schluß gezogen, daß die Geschäftsführung nicht das Recht und die Pflicht zum Abschlusse von Rechtsgeschäften mit Dritten umfasse. Er hat schließlich seine Ansicht dahin formuliert,[4]) die Macht des Geschäftsführers höre dort auf, wo rechtliche Beziehungen zu Dritten in Frage kämen, diese anzubahnen sei der Vertretungsbefugnis vorbehalten.

Diese Begrenzung der Geschäftsführungsmacht erscheint uns ebensowenig überzeugend wie die ihr beigegebene Begründung, daß in dem Abschnitte des Gesetzes, der das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander behandelt, das Wort Vertretung niemals anzutreffen, wohl aber stets von Geschäftsführung die Rede sei, während andrerseits in dem Titel „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten ausschließlich das Wort Vertretung gebraucht werde.

Allerdings ist auf die ausschließliche Verweisung des Ausdrucks Geschäftsführung in jenen und der Vertretung in diesen Titel ein ausschlaggebendes Gewicht zu legen und in dieser äußerlichen Anordnung, die ganz gewiß nicht zufällig sein kann, eine Grundlage für die Bestimmung des Wesens und der Begrenzung beider Begriffe zu finden. Die sich hieraus ergebende grundlegende Erkenntnis ist aber lediglich die: Die Geschäftsführung berührt nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, d. h. das Innenverhältnis, die Vertretung dagegen betrifft nur das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten, d. h. das Außenverhältnis, das zu außerhalb der Gesellschaft Stehenden. Hiermit sind nur die Richtungen bezeichnet, nach denen die Handlungen der Gesellschafter, je nachdem diese mit Vertretungs- oder Geschäftsführungsmacht oder mit beiden ausgestattet sind, für sie Wirkungen äußern. Wie hierdurch der Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten dem geschäftsführenden Gesellschafter verwehrt sein soll, ist nicht recht einzusehen. Es folgt hieraus vielmehr nur, daß durch die Vornahme solcher Hand-

[4]) a. a. O. S. 4 ff.

lungen der Dritte nicht unmittelbar der Gesellschaft gegenüber berechtigt und verpflichtet wird und umgekehrt die Gesellschaft nicht dem Dritten gegenüber, es entstehen also durch die von einem geschäftsführenden Gesellschafter einem Dritten gegenüber vorgenommenen Handlungen überhaupt keine Beziehungen zwischen diesem und der Gesellschaft.

Wohl aber gewinnt diese Handlung Bedeutung im inneren Verhältnisse der Gesellschafter. Hierbei ist entscheidend, ob jener Gesellschafter, der die Handlung vorgenommen hat, sich innerhalb der Grenzen seiner Geschäftsführungsmacht gehalten hat oder nicht. Nur im ersteren Falle kann er verlangen, daß die übrigen Gesellschafter die Handlung als für sie alle und damit als für die Gesellschaft verbindlich anerkennen, sie genehmigen, so daß also Gewinn und Verlust aus jener Handlung der Gesellschaft zufällt.[5])

Aus der Tatsache aber, daß aus einer Handlung des geschäftsführenden Gesellschafters weder dem Dritten, demgegenüber sie vorgenommen ist, noch der Gesellschaft unmittelbar Rechte und Pflichten gegeneinander erwachsen, ergibt sich als für die Bestimmung des Wesens der Geschäftsführungsmacht wichtiges Moment, daß mit ihr begrifflich nicht die Befugnis verbunden ist, im Namen der Gesellschaft aufzutreten und die Firma zu zeichnen. Dagegen bleibt es dem geschäftsführenden Gesellschafter unbenommen, im eigenen Namen Geschäfte für die Gesellschaft mit Dritten einzugehen, d. h. er kann immer nur als sogen. indirekter Stellvertreter für die Gesellschaft auftreten, die Geschäfte also nur im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung, schließen. Nur er ist dem Dritten gegenüber Vertragsgegner, er gibt die rechtsgeschäftliche Erklärung für sich ab; ebenso kann er sie nur für sich annehmen. Nimmt er trotzdem ein Geschäft im Namen der Gesellschaft vor, so bestimmt sich dessen Wirksamkeit lediglich nach § 177 BGB., d. h. das Geschäft wird der Gesellschaft gegenüber nur wirksam, wenn sie es genehmigt (bezüglich einseitiger Rechtsgeschäfte vgl. § 180 BGB.). Tut sie es nicht, so haftet der Geschäftsführer dem Dritten nach den Vorschriften des § 179 BGB., also auf Erfüllung oder Schadenersatz (§ 179 Abs. 1) oder

---

[5]) Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 S. 402.

gar nicht (§ 179 Abs. 3). Die Vorschrift des § 179 Abs. 2 wird praktisch kaum in Frage kommen, da der Gesellschafter sich über den Mangel an Vertretungsmacht nicht leicht einmal im Zweifel sein wird.

Genehmigt die Gesellschaft ein solches Geschäft nicht, so kann sich der Geschäftsführer auch nicht an ihr schadlos halten, wenn der Dritte ihn gemäß § 179 BGB. in Anspruch nimmt: denn ohne Zweifel liegt in dem Abschlusse im Namen der Gesellschaft eine Überschreitung der Befugnis, mag immerhin auch das Geschäft als solches im Handelsgewerbe der Gesellschaft üblich sein.

Nach alledem besteht für uns kein Grund, der Ansicht Grühls beizutreten und die Grenze dort zu ziehen, wo durch die Handlungen eines geschäftsführenden Gesellschafters notwendigerweise Rechtsbeziehungen zu Dritten erwachsen. Wir haben vielmehr — um dies nochmals zusammenzufassen — gesehen, daß der geschäftsführende Gesellschafter nicht gehindert ist, Rechtsgeschäfte mit Dritten abzuschließen, daß aber durch solche Handlungen niemals unmittelbar Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und der Gesellschaft entstehen können, sondern immer nur zwischen dem Dritten und dem Geschäftsführer selbst. Diese Auffassung erscheint uns nicht nur durch die Behandlung der Geschäftsführung in dem Titel „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander" nicht ausgeschlossen, sondern durch die Rechtssätze über den Umfang der Geschäftsführung durchaus geboten.

Der vertretungsberechtigte Gesellschafter dagegen erzeugt durch seine im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen nur Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und der Gesellschaft, dagegen keine zwischen sich und der Gesellschaft. Doch hängt die Wirksamkeit seiner Handlungen im Innenverhältnis davon ab, ob er neben seiner formellen Vertreterlegitimation auch materielle Berechtigung zu seiner Tätigkeit besitzt oder nicht. Diese Frage beantwortet sich danach, ob und in welchem Umfange ihm selbst die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, oder ob er wenigstens auf Weisungen eines geschäftsführenden Gesellschafters gehandelt hat. Ist dies nicht der Fall, oder hat er die Grenzen einer ihm zugleich zustehenden Geschäftsführungsmacht überschritten, so können die Gesellschafter die Anerkennung der Geschäfte im Innenver-

hältnisse verweigern. Der Vertretungsberechtigte hat dann ihnen gegenüber nur die Rechte, die sich aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben.

Aus diesen Beziehungen zwischen Geschäftsführung und Vertretung ergibt sich daher folgendes: die Geschäftsführer der offenen Handelsgesellschaft sind die Seele des Betriebes. Auf ihnen ruht vor allem die Leitung des Betriebes, ihrer Initiative entspringen alle erforderlichen Anordnungen rein tatsächlicher wie auch rechtsgeschäftlicher Natur, die kaufmännischen und technischen Leistungen haben sie zu erbringen oder für deren Erledigung besorgt zu sein, kurz, sie sind allenthalben — um mit Gorski[6]) zu reden — den Gesellschaftern gegenüber die Träger des Willens der Gesellschaft, — doch muß hinzugefügt werden: soweit es sich nicht um Handlungen dreht, die aus dem Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes fallen, denn dann entscheiden die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit durch Beschlußfassung. Die Anregung zu solchen Handlungen wird freilich auch in der Regel von den Geschäftsführern ausgehen. Diese verwirklichen auch den Willen der Gesellschaft.[7])

Will der geschäftsführende Gesellschafter dieser seiner umfassenden Aufgabe vollkommen gerecht werden, dann bedarf er allerdings noch der Vertretungsmacht. Nur dann kann er auch nach außen frei schalten und walten für die Gesellschaft, d. h. in ihrem Namen handeln, also die Firma zeichnen und unmittelbar die Gesellschaft berechtigen und verpflichten. Wie wir gesehen haben, gewährt die Geschäftsführungsmacht nur die Befugnis, nach außen im eigenen Namen ohne unmittelbare Wirkung für und wider die Gesellschaft aufzutreten. Es liegt auf der Hand, daß Dritte nur ungern mit einem Gesellschafter, der lediglich Geschäftsführungsbefugnis besitzt, Rechtsgeschäfte eingehen werden, da sie sich nur an diesen halten können, während ihnen aus einem Rechtsgeschäfte mit einem vertretungsbefugten Gesellschafter ohne weiteres das Gesellschaftsvermögen und das eigene Vermögen

[6]) a. a. O. S. 63 ff.

[7]) vgl. Gierke, Grundzüge des HR., in Enzyklopädie von Kohler-Holtzendorff Bd. 1 unter § 37 Nr. 1 a. S. 932.

sämtlicher Gesellschafter verhaftet, die Gefahr eines Verlustes damit also bedeutend verringert ist.

Diesem Umstande wird natürlich eine Handelsgesellschaft in der Regel Rechnung tragen und ihren Geschäftsführer zugleich mit Vertretungsmacht ausstatten. Für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches gibt denn auch das Gesetz die wichtige Auslegungsregel (§ 714), daß der geschäftsführende Gesellschafter im Zweifel die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten ermächtigt sei.

Mit Rücksicht auf solche Erwägungen hat man die schon oben (S. 3) gestreifte Ansicht verfochten, daß die Befugnis zur Geschäftsführung ohne weiteres auch die zur Vertretung in sich schließe, daß die eine von der anderen abhängig sei in ihrem Entstehen wie in ihrem Erlöschen, kurz, daß beide notwendig zusammengehörige Begriffe seien.

Nun soll das Bedürfnis, Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht möglichst in einer Person zu vereinigen, nicht geleugnet werden. Doch wird mit dem Hinweise auf diese Tatsache der Feststellung beider Begriffe noch nichts genützt; die Notwendigkeit, beide dogmatisch zu scheiden, ist damit noch nicht beseitigt. Mag auch der Fall, daß einem Gesellschafter nur die Geschäftsführung oder allein die Vertretung zusteht, zu den Ausnahmen gehören, so fordert doch immerhin die Möglichkeit seines Eintritts bei der Bestimmung der Begriffe Beachtung.

Und in der Tat hat auch Gorski[8]) unter Bezugnahme auf zwei Erkenntnisse[9]) nachgewiesen, daß ein Gesellschafter nur eine der beiden Befugnisse besitzen kann. Es tritt z. B. ein begüterter, aber kaufmännisch nicht geschulter Mann in eine offene Handelsgesellschaft ein; ein offensichtlicher Ausschluß von der Vertretungsmacht könnte im Publikum leicht als ein Bekenntnis der Unfähigkeit, im kaufmännischen Betriebe sich zu betätigen, ausgelegt werden; deshalb beläßt man diesem Gesellschafter wohl die Vertretungsmacht, schließt ihn aber von der Geschäftsführung aus. Er zeichnet

[8]) a. a. O. S. 8 Anm. 2.

[9]) In Buschs Arch. für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts Bd. 2 S. 173, Bd. 15 S. 107.

dann die Firma mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft. Das Gleiche ist's, wenn ein Gesellschafter nur in Verhinderung eines anderen die Gesellschaft vertreten soll und nun unbefugten Gebrauch von dieser Vertretungsbefugnis macht, von der er mit Rücksicht auf die zugrunde liegende Vereinbarung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.[10]) Ein anderer Fall: die Erben eines Einzelkaufmannes führen das Geschäft als offene Handelsgesellschaft weiter. Da sie aber alle — Witwe und unmündige Kinder — kaufmännisch ungeschult sind, betrauen sie mit der Leitung des Geschäfts einen bewährten Angestellten; das Recht der Firmenzeichnung behält sich jedoch die Witwe vor.

Um Angabe eines Beispiels dafür, daß einem Gesellschafter lediglich die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, ist Gorski allerdings verlegen;[11]) er bescheidet sich dabei, daß ein solcher Fall praktisch kaum vorkommen mag, während Lastig[12]) wiederum die Ansicht vertritt, daß Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht möglich sei, aber nicht umgekehrt. Es lassen sich aber doch auch Fälle denken, wo einem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis ohne die Vertretungsmacht zusteht. Z. B. die Gesellschafter vereinbaren, daß sie alle gemeinsam die Geschäfte führen wollen, aber nur einer sie alle nach außen vertreten soll.[13])

So spärlich diese Auslese auch sein mag, widerlegt sie doch die Vorstellung, daß beide — Geschäftsführung und Vertretung — notwendig zusammengehören. Gegenüber dem Versuche, die begriffliche Scheidung als eine Totgeburt der Theorie hinzustellen, möge der Hinweis auf Analogien im Rechte gestattet sein.

Im Deutschen Reiche hat der Kaiser die Vertretungsmacht nach außen allein, aber die Entscheidungsmacht nach innen darüber, welche Verträge geschlossen werden sollen u. dgl., liegt in der Regel bei Reichstag und Bundesrat, jedenfalls ist sie in der Vertretungsmacht nach außen nicht gegeben.

---

[10]) vgl. auch Entsch. d. OLG. Breslau, im Recht 1903 S. 404.

[11]) a. a. O. S. 8 Anm. 2.

[12]) In Endemanns Handb. des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 S. 358.

[13]) vgl. auch das Beispiel bei Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung Bd. 2 S. 550.

Ähnlich verhält es sich auch mit dem Gegensatz von Auftrag und Vollmacht. Auch hierbei kann es sich nur um einen Vergleich handeln. Denn die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters ist keine Vollmacht, da sie nicht wie diese auf einem Rechtsgeschäfte, sondern auf dem Gesetze beruht; die Geschäftsführung ist kein Auftrag, da auch sie in dem Gesetz und nicht durch Vertrag begründet ist (s. unter § 4), die Geschäftsführer übrigens auch innerhalb ihrer Befugnis vollständig selbständig, unabhängig von den übrigen Gesellschaftern sind, während die Beauftragten den Anordnungen der Auftraggeber jederzeit zu folgen verpflichtet sind. Trotz alledem haben aber Geschäftsführung und Vertretung so viel Ähnlichkeiten mit Auftrag und Vollmacht (müssen doch zum Teil die Bestimmungen über den Auftrag diejenigen über die Geschäftsführung ergänzen: § 105 Abs. 2 HGB., § 713 BGB.), daß ihre Heranziehung zum Beweise für die Notwendigkeit der Trennung von Geschäftsführung und Vertretung an die Hand gegeben wird.

Nun besteht freilich in der Literatur keine Einigkeit über den Unterschied von Auftrag und Vollmacht und die Notwendigkeit ihrer begrifflichen Scheidung,[14]) aber die als herrschend zu bezeichnende Lehre fordert sie unbedingt. Laband[15]) hat grundlegend dargetan, daß Auftrag und Vollmacht völlig unabhängig voneinander sind, nachdem zuvor Ihering[16]) die grundsätzliche Verschiedenheit der aus dem Mandatsverhältnisse sich ergebenden äußeren und inneren Beziehungen beleuchtet hat. Diese Anschauung hat auch in den Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich[17]) einen klaren Ausdruck gefunden. Dort wird die Vollmacht definiert als die auf rechtsgeschäftlicher Erteilung beruhende Ermächtigung zur Vertretung, d. h. zum Handeln im Namen eines anderen mit unmittelbarer Wirkung für und wider diesen. Davon wird scharf der Auftrag

[14]) So hält z. B. Planck die Bevollmächtigung für ein kausales Rechtsgeschäft (Komm. z. BGB. § 167 Anm 3 S. 292); dagegen Enneccerus, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 203, 209 ff.; Staudinger, Komm. z. BGB. § 167 Anm. 1 S 530.

[15]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd 10 S. 183 ff., insbes. S. 203 ff.

[16]) In seinen Jahrb. Bd. 2 S. 131 ff.

[17]) vgl. Amtliche Ausgabe Bd. 1 S 228 ff., Berlin 1896.

geschieden und der Anschauung einer Verschmelzung beider Begriffe mit dem Hinweise darauf begegnet, daß es auch Aufträge ohne Vollmacht gibt. Auch die Meinung, „die in der Bevollmächtigung einen untrennbaren Bestandteil eines auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts in fremdem Namen gerichteten Auftrags erblickt", wird ausdrücklich zurückgewiesen. Wenn dabei auch anerkannt wird, daß unter Umständen durch die Tätigkeit des Beauftragten im fremden Namen eine Verschmelzung von Auftrag und Vollmacht nahegelegt ist, so wird hierzu ausgeführt, daß dieses Zusammentreffen nicht auf begrifflicher Einheit, sondern auf dem Verhältnisse von Mittel und Zweck beruhe.[18])

Dieser Ansicht ist durchaus zuzustimmen. Sie findet ihren Niederschlag im Bürgerlichen Gesetzbuch sowohl (§§ 167, 168 Satz 2; bezüglich Geschäftsführung und Vertretung §§ 709, 714) wie im Handelsgesetzbuch (§§ 114, 125). Schloßmann[19]) setzt der herrschenden Lehre von der Stellvertretung, die er als inhaltsleer und falsch bezeichnet, eine eigene entgegen, von der er aber selbst zugestehen muß, daß sie sich nicht allenthalben mit dem geltenden Rechte vereinbaren läßt.[20])

Voraussetzung für den Eintritt einer Vertretungswirkung ist nach Schloßmann: 1. das Vorhandensein bestimmt gearteter Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem, des sogen. Vertretungsverhältnisses (hierher rechnet er u. a. Auftrag und Gesellschaft), und 2. das Handeln für einen anderen, d. i. das Handeln mit der Absicht, in dem Vermögen oder in den sonstigen Verhältnissen eines anderen irgendeinen Erfolg zu bewirken oder vorzubereiten.[21]) Es bedarf keines näheren Eingehens auf Schloßmanns Theorie nach diesem Hinweise; Auftrag ohne Vollmacht und umgekehrt Vollmacht ohne Auftrag sind nach ihm wesenlose Begriffe, die begriffliche Scheidung von Geschäftsführung und Ver-

---

[18]) vgl. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 2 S. 402 ff.: Der Beauftragte, der im Namen des Auftraggebers handelt, vermag dies nicht kraft des Auftrags, sondern kraft der ihm erteilten Vollmacht.

[19]) vgl. dessen scharfsinnige Untersuchungen in seiner Lehre von der Vertretung Bd. 1 u. 2.

[20]) vgl. a. a. O. Bd. 2 S. 544 ff.

[21]) a. a. O. Bd. 2 S. 9 ff., 17 ff.

tretung graue Theorie. Andererseits gibt Schloßmann[22]) selbst zu, daß die Ansicht von der grundsätzlichen Scheidung dieser beiden Begriffe auch im Gesetz ihre Anerkennung gefunden hat. Seine Ausführungen können daher, soweit sie beachtlich sind, nur eine Bedeutung de lege ferenda gewinnen. Einen anderen Wert vermögen wir der Schloßmannschen Theorie nicht beizumessen, wenigstens steht zu befürchten, daß ein Richter, der sich von Schloßmann hat überzeugen lassen, oft nicht recht wissen wird, wie er sich mit der lex lata abfinden soll.[23])

Nach v. Seeler[24]) beruht Vollmacht immer auf Vertrag und ist jeder Bevollmächtigungsvertrag zugleich ein Geschäftsführungsvertrag, aber nicht umgekehrt. Wenn wir uns auch der hier zur Geltung gebrachten Ansicht nicht anschließen können, die Erteilung der Vollmacht vielmehr für ein einseitiges Rechtsgeschäft halten, so hindert das uns doch nicht, die Ausführungen v. Seelers zu § 714 BGB.[25]) in ihrem Ergebnis für zutreffend anzuerkennen. Da im Zweifel ein geschäftsführender Gesellschafter (bei der bürgerlichen Gesellschaft) auch zur Vertretung ermächtigt ist, so braucht der Dritte, der gegen alle Gesellschafter vorgehen will, nur nachzuweisen, daß sein Vertragsgegner Geschäftsführungsbefugnis besaß und das abgeschlossene Geschäft in deren Rahmen sich befand. Die Gesellschafter dagegen müssen, falls sie sich darauf berufen, beweisen, daß der Geschäftsführer nach dem Gesellschaftsvertrage nur zum Handeln im eigenen Namen berufen sei.

Diese Abschweifung auf ein verwandtes Gebiet ist geeignet, unsere Auffassung des Rechtsverhältnisses von Geschäftsführung und Vertretung zu stützen. Kehren wir nunmehr zu dem Gegenstande unserer Untersuchung, der Geschäftsführungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, zurück, so können wir das Ergebnis unserer bisherigen Betrachtungen dahin zusammenfassen: die einem Gesellschafter zustehende Geschäftsführungsmacht verleiht diesem die Befugnis, alle tatsächlichen wie rechtsgeschäftlichen Handlungen,

---

[22]) a. a. O. Bd. 2 S. 549 ff.

[23]) vgl. hierzu Rümelin, Handeln im fremden Namen im BGB., im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 295, 296.

[24]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 28 S. 9 ff.

[25]) a. a. O. S. 44 ff.

wie sie sich in dem Handelsgewerbe der Gesellschaft gemeinhin ergeben können, mit einer die Gesellschafter — jedoch nur in ihrem Verhältnisse zu dem Geschäftsführenden — berechtigenden und verpflichtenden Wirkung vorzunehmen, dagegen ist die Befugnis, im Namen der Gesellschaft aufzutreten, in der Geschäftsführungsmacht als solcher nicht eingeschlossen.[26])

Ist nun dieser sich aus dem Handelsgesetzbuch ergebende Begriff der Geschäftsführung ein totgeborenes Kind der modernen Theorie[27]) von der Wesensverschiedenheit von Auftrag und Vollmacht? Wir meinen: der Verkehr weiß mit ihm sehr wohl auszukommen. Eine Auslegungsregel, wie sie für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der § 714 gibt, findet sich für die Handelsgesellschaft allerdings nicht. Hierzu bietet aber auch die Art der gesetzlichen Regelung, die die Geschäftsführung und die Vertretung im Rechte der offenen Handelsgesellschaft erfahren haben, keinen Anlaß. Das Gesetz geht davon aus, daß jeder Gesellschafter für sich allein das Recht der Geschäftsführung wie auch zur Vertretung hat (§§ 114, 115 Abs. 1, 125 HGB.).

Die Rechtssätze über die Geschäftsführung sind wie alle die im Titel 2 für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften lediglich dispositiven Inhalts,[28]) d. h. sie können durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Zwingenden Rechts dagegen

---

[26]) Im Ergebnis übereinstimmend mit der hier vertretenen Anschauung v. Hahn, Komm. z. ADHGB. S. 344 unter § 2; Staub, HGB. Bd. 1 zu § 114 Anm. 1 S. 439; Goldmann, HGB. Bd. 2 zu § 114 Anm. 1 Ziff. 1 S. 507, 508; Makower, HGB. zu § 114 unter I S. 301; Berner, Gründung und Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft usw. S. 9; Cosack, HR. unter § 118 I S. 502; wohl auch Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 zu § 114 unter Nr. 2 S. 241; nicht recht deutlich Lehmann, HR. S. 296, 308; für die Gesellschaft des BGB. Planck Bd. 2 zu § 714 Anm. 2 S. 746; Staudinger Bd. 2 Teil 2 zu § 714 Anm. Id S. 1141; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1137; Knoke, Recht der Gesellschaft nach BGB. S. 74; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 unter § 358 IV S. 543; auch Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 709 Anm. 2 S. 770; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 402; a. A. Glücke, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 36 S. 352.

[27]) So Schloßmann a. a. O. Bd. 2 S. 550.

[28]) § 109 HGB.; vgl. Gierke, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 122, Genossenschaftstheorie S. 486, 496; Renaud, Kommanditgesellschaften S. 140; Laband, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 30 S. 516, 521 ff.

sind die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Vertretungsmacht. Diese ist gesetzlich unbeschränkt und durch Gesellschaftsvertrag nicht beschränkbar (§ 126 HGB.). Möglich allein sind die Ausschließung eines Gesellschafters und gewisse Anordnungen in der Art der Vertretung (Gesamtvertretung aller oder mehrerer, Vertretung nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen). Weitergehende Beschränkungen, als sie sich aus §§ 125 Abs. 1—3, 126 Abs. 3 HGB. selbst ergeben, sind für jeden Dritten unwirksam. Ja, sie können von der Gesellschaft auch nicht einmal einem Dritten, der sie bei Eingehung des betreffenden Geschäftes mit einem Vertretungsberechtigten gekannt hat, einredeweise entgegengehalten werden, es sei denn, daß der Dritte und der seine Vertretungsmacht mißbrauchende Gesellschafter in betrügerischem Zusammenwirken zum Schaden der Gesellschaft gehandelt hätten.[29]) Soweit nach den gesetzlichen Vorschriften eine Änderung in der grundsätzlich jedem Gesellschafter allein zustehenden Vertretungsmacht mit Wirkung gegen einen Dritten erlaubt ist, ist sie von allen Gesellschaftern zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (§ 125 Abs. 4 HGB.). Die Eintragung selbst ist nur rechtsbestärkender Natur, ihre Wirkung bestimmt sich nach § 15 HGB.

Diese Bestimmung verbürgt jedem Dritten, der mit einer offenen Handelsgesellschaft kontrahieren will, die denkbar größte Sicherheit. Er braucht sich ja nur zu vergewissern, ob der Gesellschafter, der im Namen der Gesellschaft mit ihm Rechtsgeschäfte schließt, vertretungsberechtigt ist oder nicht. Ob diesem auch Geschäftsführungsbefugnis zusteht, kann ihn ganz unbekümmert lassen, — in dieser Richtung besteht für ihn keinerlei Erkundigungspflicht.[30]) Bestreitet die Gesellschaft dann im Prozesse die Vertretungsmacht des Gesellschafters, so braucht sich der Dritte zur Begründung seines gegen die Gesellschaft erhobenen Anspruchs nur darauf zu berufen, daß eine Ausschließung desselben von der Vertretung im Handelsregister nicht eingetragen sei. Sache der Gesellschaft ist der Beweis, daß der Dritte trotz des Mangels

[29]) vgl. Urteil des RG. v. 6. 4. 1903 in der DJZ. 1903 S. 369; RG. Bd. 57 S. 391.

[30]) vgl. insoweit auch Sohm, Leipziger Zeitschr. 1909, 8./9. Nummer S. 158ff.

einer Eintragung die Nichtberechtigung des Gesellschafters gekannt habe (§ 15 Abs. 1 HGB.).

Ein andrer Fall: ein Dritter kontrahiert mit einem offenen Handelsgesellschafter, er vergewissert sich aber zuvor nicht im Handelsregister über dessen Vertretungsrecht, da er bestimmt weiß, daß diesem die Geschäftsführung anvertraut ist; er hält ihn deshalb, weil es der Regel so entspricht, auch für vertretungsberechtigt. Im Prozesse bestreitet die verklagte Gesellschaft die Vertretungsmacht des Gesellschafters und nimmt Bezug auf die Eintragung von dessen Ausschließung im Handelsregister. Kann der Dritte unter Berufung auf die von der Gegnerin nicht bestrittene Geschäftsführungsmacht jenes Gesellschafters ohne weitere Beweisanbietung erfolgreich behaupten, jener Eintrag bestehe nicht mehr zu Recht, oder kann er wiederum mit alleinigem Hinweise auf die dem Gesellschafter zustehende, ihm (dem Dritten) bei Vertragsschluß bekannte Geschäftsführungsbefugnis geltend machen, er habe angesichts dieser Tatsache die — eingetragene — Ausschließung von der Vertretung nicht kennen müssen, habe sie auch nicht gekannt (§ 15 Abs. 2 HGB.)? Mit nichten! Diese Deduktion müßte wohl vom Standpunkte der gegnerischen Auffassung, daß Geschäftsführung und Vertretung notwendig zusammengehören, als schlüssig bezeichnet werden, gegenüber der straffen Formvorschrift des § 125 Abs. 4 HGB. aber ist sie unhaltbar. An diesem Ergebnis würde auch nichts geändert, wenn etwa der Dritte zum Nachweise seines guten Glaubens noch weiter vorbringen würde, daß sich jener Gesellschafter ihm gegenüber selbst als vertretungsberechtigt ausgegeben habe: denn nur der auf ein Verhalten des Vertretenen sich stützende gute Glaube verdient Schutz.[31])

Aus diesen Ausführungen ergibt sich die Unmöglichkeit einer analogen Anwendung der für die bürgerliche Gesellschaft geltenden Auslegungsregel des § 714 BGB. auf die Rechtsverhältnisse der offenen Handelsgesellschaft. Nicht geleugnet werden soll, daß sich unter Umständen Fälle denken lassen, wo in der einem Gesellschafter belassenen Geschäftsführungsmacht auch die Befugnis zur Vertretung stillschweigend enthalten sein soll, und umgekehrt ist

[31]) Zu letzterem Punkte s. v. Seeler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 28 S. 44/45.

möglich, daß mit dem Ausschluß von der Vertretung auch gleichzeitig der von der Geschäftsführung verbunden sein soll, — das kommt auf den Willen der Gesellschafter an, hat aber nur Bedeutung für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander: ein Gesellschafter, der einem ihm bekannten, nach außen nicht besonders kundgegebenen Willen der anderen zuwiderhandelt, macht sich diesen gegenüber unter Umständen schadensersatzpflichtig.[32]) Jeden außerhalb der Gesellschaft Stehenden, der mit ihr kontrahiert, berührt dies nicht.

Der Verkehr kann nicht mit bloßen Wahrscheinlichkeiten und Möglichkeiten rechnen, er verlangt nach festen, greifbaren Formen: daher die Anmeldungspflicht zur Eintragung der Ausschließung von der Vertretung und der vom Gesetz mit Wirkung nach außen ausgestatteten Beschränkungen der Vertretung. So wenig man aber einem Dritten, der mit einer offenen Handelsgesellschaft kontrahieren will, zumuten kann, sich zuvor um die innere Ordnung, das Innenverhältnis der Gesellschaft zu kümmern, so wenig kann ihm die vorherige Information aus dem Handelsregister erspart werden. Doch können sich auch hiervon bei besonders gelagerten Fällen Ausnahmen ergeben. Steht z. B. der Dritte seit langem in ununterbrochener Geschäftsverbindung mit der Gesellschaft und kontrahiert er seitdem immer mit bestimmten Gesellschaftern, so kann nicht verlangt werden, daß er vor jedem neuen Abschlusse erst Einsicht ins Handelsregister nimmt. Dann schützt ihn bei einer ihm unbekannt gebliebenen Änderung in den Vertretungsverhältnissen der Gesellschaft sein guter Glaube, soweit nicht schon das Nicht-Kennen genügt (§ 15 Abs. 1 u. 2 HGB.). Nach Handelsbrauch hätte ihm in solchem Falle die Änderung angezeigt werden müssen. Dieser Anzeige würde es dagegen wiederum nicht bedürfen, wenn Gesellschaft und Dritter ihren Sitz z. B. im selben kleinen Städtchen haben; dann läßt sich billigerweise erwarten, daß der Dritte, wenn er von der Änderung

[32]) Ausnahme nur, wo das Gesetz etwas anderes bestimmt: so ist die Entziehung der Geschäftsführung auch dem Geschäftsführer gegenüber erst wirksam mit Rechtskraft der hierauf gerichteten gerichtlichen Entscheidung, nicht schon mit dem voraufgegangenen Beschlusse der Gesellschafter: siehe unten u. § 10 III.

nicht schon selbst gehört haben sollte, sie wenigstens aus der Zeitung hätte erfahren können u. dgl.

Alles dies beweist jedenfalls, daß das Gesetz einen tiefgreifenden Unterschied zwischen Geschäftsführung und Vertretung macht; es zeigt sich aber auch, daß ihre strenge begriffliche Scheidung dem Verkehre und dem praktischen Bedürfnisse durchaus nicht hinderlich ist oder gar entgegensteht.

Am Schlusse dieser allgemeinen Erörterung ergibt sich die Forderung: Wer eine von einem Gesellschafter vorgenommene Handlung in ihren Wirkungen erschöpfend beurteilen will, der muß sie unter doppelten Gesichtspunkten betrachten: hat der Gesellschafter Vertretungsmacht? und zum anderen: hat er Geschäftsführungsbefugnis?

§ 3.

Die Voraussetzungen der Geschäftsführungsmacht.

Die Entstehung der Geschäftsführungsmacht ist an folgende Voraussetzungen gebunden:

1. Inhaber der Geschäftsführungsbefugnis kann nur ein Gesellschafter sein. Denn wie die Vertretungsmacht, so ist auch diese ein Ausfluß der Mitgliedschaft[1]) und somit ein höchstpersönliches Recht. Eine Übertragung desselben auf einen Dritten ist ausgeschlossen. Zu scheiden ist hiervon der Fall, wo der geschäftsführende Gesellschafter einen Dritten mit Ausführung eines Teils seiner Geschäfte beauftragt.

Wer aber kann Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein? Nach §§ 105, 106 HGB. will es scheinen, als ob nur physische Personen Teilhaber sein könnten. Eine solche Ansicht wird jedoch nicht mehr ernstlich vertreten; man hat sich daran gewöhnt, die Vorschrift des § 106 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. nur als auf den Normalfall zugeschnitten zu betrachten. Die physischen Personen müssen fähig sein, Kaufmannseigenschaft zu erwerben, da jedes Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft insoweit auch Kaufmann ist. Kaufmannseigenschaft setzt aber nicht Geschäfts-

[1]) RG. Bd. 2 S. 30ff., Bd. 15 S. 131: was dort von der Vertretungsmacht gesagt, ist analog auf die Geschäftsbefugnis anzuwenden.

sondern nur Rechtsfähigkeit voraus. Infolgedessen kann jedes Kind Kaufmann werden. Dies geschieht beim Kinde nicht kraft eigenen Willens, sondern kraft des Willens seines gesetzlichen Vertreters (ein Fall, der häufig beim Tode eines Gesellschafters eintreten wird). Persönlich teilzunehmen an einem Geschäftsbetriebe ist Kindern, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, versagt (§§ 104 f. BGB.). Minderjährigen aber, die beschränkt geschäftsfähig sind (§ 106 BGB.), kann die Eingehung eines Gesellschaftsvertrags zum Zwecke des selbständigen Betriebs eines Erwerbsgeschäfts mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde von ihrem gesetzlichen Vertreter gestattet werden (§§ 112, 1822 Ziff. 3, 1643 Abs. 1 BGB.). Diejenigen, bei denen diese Voraussetzungen erfüllt sind, können daher auch als selbständige Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft eingetragen werden. Es handelt sich hierbei aber immer nur um eine beschränkte Mündigkeit. Auch Frauen können dank ihrer privatrechtlichen Gleichstellung mit dem Mann Mitglieder werden; doch ist hierbei die ehemännliche Zustimmung nicht unwesentlich für die güterrechtlichen Verhältnisse[2]) (vgl. z. B. §§ 1399, 1412 BGB.). Lebhaft bestritten ist in Theorie und Praxis die Frage, ob juristische Personen und solche handelsrechtlichen Gesellschaften, die der juristischen Persönlichkeit entbehren, Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein können. Im allgemeinen ist die Fähigkeit hierzu juristischen Personen nicht abzusprechen. Doch ergeben sich aus der Organisation einzelner juristischer Personen gegen die Zulässigkeit Bedenken. U. E. verbietet einer Aktiengesellschaft ihr Wesen und ihr innerer Aufbau, als Mitglied in eine offene Handelsgesellschaft aufgenommen zu werden.[3]) Aus gleichem Grunde wird fast allgemein die Zulassung den Kommandit- und den Kommanditaktiengesellschaften versagt.[4]) Bezüglich der Frage, ob die offene Handelsgesellschaft ihrerseits wieder Mitglied einer gleichgearteten Handelsgesellschaft sein kann, ist die Uneinigkeit in der Literatur noch viel größer. Wenn diese

[2]) vgl. Gildemeisters Aufsatz in d. Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 54 S. 99.

[3]) vgl. auch Beschluß des sächs. OLG. v. 31. 1. 1899 bei Holdheim Bd. 9 S. 21, 22; Goldmann Bd. 2 zu § 105 Anm. 1 Ziff. 21 S. 470.

[4]) Goldmann zu § 125 Anm. 1 Ziff. 22 S. 470; Behrend, HR. S. 462 Anm. 8; Staub zu § 105 Anm. 22 S. 415.

Frage hauptsächlich deshalb verneint wird, weil die offene Handelsgesellschaft nicht unter fremdem Namen im Handelsverkehre auftreten könne, so ist zu erwidern: das tut sie ja gar nicht als Mitglied einer anderen Gesellschaft, denn diese hat ihre besondere Firma, und unter dieser vollzieht sich der gesamte Handelsverkehr. Wir glauben, die oben gestellte Frage bejahen zu können, ohne uns jedoch zu der u. a. von Behrend[5]) vertretenen Ansicht zu bekennen, daß die Mitglieder der in eine andere Gesellschaft eingetretenen Handelsgesellschaft Einzelmitglieder jener neuen würden. Das kann der Fall sein, braucht es aber nicht. Die Möglichkeit des Beitritts ergibt sich u. E. aus der eigentümlichen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei derartigen Handelsgesellschaften.[6])

2. Der Gesellschafter muß geschäftsfähig sein. Daher sind Geschäftsunfähige von der Geschäftsführung ausgeschlossen; auch ihr gesetzlicher Vertreter kann nicht für sie handeln, denn er ist nicht Gesellschafter. Damit soll nicht gesagt sein, daß der gesetzliche Vertreter von der Ausübung aller einem Mitgliede der offenen Handelsgesellschaft zustehenden Rechte ausgeschlossen ist, — in gewissem Umfange muß ihm vielmehr die Möglichkeit der Vertretung gewahrt bleiben, wenn anders er überhaupt seines Amtes walten soll. So wird man ihm z. B. das Recht des § 118 HGB. zur Einsichtnahme der Geschäftsbücher[7]) und das Recht zur Kündigung der Gesellschaft nach §§ 133, 140 HGB. zugestehen müssen. In letzterem Falle „soll" er sich jedoch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erbitten (§ 1823 BGB.), er sei denn der Vater oder die Mutter des Gesellschafters (arg. §§ 1643, 1645, 1686). Außerdem können die übrigen Gesellschafter den gesetzlichen Vertreter wie jeden Dritten mit den Rechten eines Geschäftsführers betrauen. Dieses Rechtsverhältnis regelt sich dann nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Auftrag oder Dienstvertrag.

---

[5]) Behrend Anm. 8 S. 462.

[6]) Für die Zulassung der offenen Handelsgesellschaft treten u. a. noch ein: Cosack, HR. S. 490 oben; Eltzbacher in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 45 S. 40 ff.; v. Gorski S. 38; a. A. Dr. Holdheim bei Holdheim Bd. 1 S. 195; Staub zu § 105 Anm. 22 S. 415; Goldmann zu § 105 Anm. 1 Ziff. 22 S. 470; RG. Bd. 36 S. 139.

[7]) So auch Goldmann zu § 118 Anm. 1 Ziff. 6 S. 525.

Beschränkte Geschäftsfähigkeit ist dagegen nach den oben (unter 1) erwähnten allgemeinen Grundsätzen genügend. Auch juristische Personen sind geschäftsfähig durch ihre Organe. Diesen steht daher auch die Geschäftsführungsmacht zu, vorausgesetzt, daß die juristische Person überhaupt Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein kann.

3. Die offene Handelsgesellschaft muß vorhanden sein. Während die beiden ersten Voraussetzungen mit denen für die Vertretungsmacht sich decken, ergibt sich hier eine nicht unwesentliche Verschiedenheit. Sie liegt in dem Gegensatz von Geschäftsführung und Vertretung begründet. Da die letztere sich auf das Verhältnis der Gesellschafter nach außen bezieht, ist für sie Voraussetzung das nach außen hin erkennbare Wirksamwerden der Gesellschaft. Die nähere Regelung ergibt sich aus § 123 HGB. Anders bei der Geschäftsführung: sie wirkt nach innen und ist infolgedessen unabhängig davon, ob die Handelsgesellschaft schon einem Dritten erkennbar tätig geworden ist. Daher genügt als Voraussetzung für den Beginn der Geschäftsführungsmacht der Abschluß des die Gesellschaft begründenden Vertrags. Würde hierauf also ein geschäftsführender Gesellschafter, noch bevor die Handelsgesellschaft sich als solche zu erkennen gegeben hat, irgendeinen Akt innerhalb der ihm zustehenden Befugnis vornehmen, so müßten die Gesellschafter diesen bereits im Innenverhältnis als für und gegen sie wirksam anerkennen. Andererseits könnten aber mit Recht die Gesellschafter einer von dem Geschäftsführer vollzogenen Handlung die Genehmigung versagen, falls sie vereinbart hätten, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte ihren Anfang nehmen sollte (vgl. dagegen § 123 Abs. 3 HGB.).

Diese Ausführungen müssen indes auf die Fälle beschränkt werden, wo es sich nach dem Gesellschaftsvertrage um einen unter § 1 Abs. 2 HGB. fallenden Gewerbebetrieb handelt. Bei den unter die §§ 2 und 3 HGB. zu subsumierenden Betrieben besteht bis zur Eintragung der Firma ins Handelsregister nur eine nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu beurteilende Gesellschaft, während ein Gewerbebetrieb nach § 4 auch durch Eintragung nicht zum Vollhandelsgewerbe wird und sonach eine sich mit solchem Be-

triebe befassende Gesellschaft überhaupt nie in Wahrheit eine offene Handelsgesellschaft werden kann. Die Vorschrift des § 5 HGB. findet unserer Ansicht nach auf das Innenverhältnis keine Anwendung.

Erwähnt sei noch, daß der Gesellschaftsvertrag, um eine geeignete Grundlage für eine offene Handelsgesellschaft zu bilden, die Führung des Betriebes unter einer gemeinsamen Firma bestimmen muß und die Unbeschränktheit der Haftung der einzelnen Gesellschafter gegenüber Dritten nicht ausschließen darf.

Endlich 4. eine selbstverständliche Voraussetzung: Der Gesellschafter darf nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein. Ein solcher Ausschluß ist zulässig, da — wie wir wissen — die Gesellschafter ihre Beziehungen untereinander beliebig regeln können (§ 109 HGB.). Es kommt gar nicht selten vor, daß alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (vgl. das Beispiel oben S. 10). Eine derartige Bestimmung ist zweifellos gültig. Für die Vertretung ist die Möglichkeit des Ausschlusses aller Gesellschafter im Widerspruche mit der herrschenden Meinung verschiedentlich verneint worden,[8]) aber auch Bacmeister, der diese Ansicht — wohl mit Recht — vertritt, läßt andererseits den Ausschluß aller von der Geschäftsführung zu.[9]) Wird unter Ausschluß aller ein Dritter mit der Geschäftsführung betraut, so regelt sich dieses Rechtsverhältnis nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über Auftrag oder Dienstvertrag. Die Handlungen aber, die ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten ausführt, sind nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen.

§ 4.

Die Entstehung der Geschäftsführungsmacht.

I. Die Mehrzahl der Schriftsteller, ältere wie neuere, scheiden zwei Erwerbsgründe: Gesetz und Vertrag. Wir können uns dieser

[8]) Staub Bd. 1 zu § 125 Anm. 3 S. 473; Bacmeister in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 55 S. 417 ff.

[9]) Bacmeister a. a. O. S. 441.

Ansicht nicht anschließen, sind vielmehr der Meinung, daß die Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters stets auf dem Gesetz beruht, und daß die sogen. übertragene oder vertragsmäßige Geschäftsführungsmacht nur als die durch den Gesellschaftsvertrag nicht entzogene anzusprechen ist.[1])

Das Gesetz geht davon aus, daß die Geschäftsführung gleichwie die Vertretung jedem Gesellschafter allein zusteht; es erblickt in ihr einen Ausfluß der Mitgliedschaft, ein Naturale, kein Essentiale derselben; es läßt zu, daß die Regelung, die es der Geschäftsführung hat zuteil werden lassen, durch Gesellschaftsvertrag beliebig geändert werden kann, dieser sie also dem einen Mitgliede — allerdings mit dessen Zustimmung — entziehen, dem anderen belassen kann. Wenn aber eine Befugnis nach dem Willen des Gesetzes jedem Gesellschafter als solchem ohne weiteres zusteht, so kann, wenn im Gesellschaftsvertrage dem einen die Geschäftsführung anvertraut, dem anderen entzogen wird, nicht von einer „Übertragung" geredet werden, wie das Gesetz gleichwohl tut; die Geschäftsführung ist vielmehr demjenigen, der sie nach dem Gesellschaftsvertrage haben soll, belassen, sie ist ihm nicht entzogen worden. Erwähnt der Vertrag von der Geschäftsführung überhaupt nichts, dann steht sie eben jedem allein zu (§§ 109, 114, 115 Abs. 1 HGB.). Der Gesellschaftsvertrag kommt also nur für die Nichtexistenz und die Art der Geschäftsführung und ihren Umfang in Betracht.[2]) Wenn ein Gesellschafter nach dem Vertrage von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, so ruht dieses Recht nur. Es kann jederzeit durch die Streichung jener Bestimmung wieder aufleben.

Übrigens ist die Frage nach dem Erwerbsgrunde der Geschäftsführungsmacht ziemlich müßig, da u. E. die Entscheidung für die eine oder andere Ansicht keine erheblichen Unterschiede in der Behandlung nach sich zieht.

II. Der Richter kann wohl nach § 117 HGB. die Geschäftsführung einem Gesellschafter entziehen, aber einen anderen zu be-

---

[1]) vgl. Thöl, HR. S 310; Anschütz-Völderndorff Bd. 2 S. 191; Geiger in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 39 S. 436ff.; a. A. Lebrecht bei Gruchot Bd. 37 S. 87?; Merfeld in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 41 S. 76.

[2]) vgl. hierzu v. Gorski S. 39.

stellen vermag er nicht, das ist Sache der Gesellschafter. Von solcher Bestellung ist aber eine zeitweise, interimistische Maßregel, die nur bis zur endgültigen Regelung der Gesellschafter in Kraft bleibt, zu trennen.

Es kann sich nämlich ereignen, daß die Gesellschafter z. B. über die Auslegung einer Bestimmung ihres Gesellschaftsvertrages, die ihre Geschäftsbefugnisse regelt, in Streit geraten und dadurch die regelrechte Abwicklung des Betriebes gefährden, oder dem einzigen geschäftsführenden Gesellschafter ist die Geschäftsführung entzogen worden, andere geschäftskundige Gesellschafter sind nicht vorhanden. In diesen Fällen kann auf Antrag eines Gesellschafters das Gericht kraft einstweiliger Verfügung dem einen oder anderen Gesellschafter oder auch einem Dritten die Geschäftsführung übertragen (§§ 938, 940 ZPO.).[3])

Anhang. Wenn wir auch das Recht zur Geschäftsführung in jedem Falle auf das Gesetz zurückführen, so ergibt sich doch aus § 109 HGB., daß nicht dieses in erster Linie bei der Frage nach ihrer Regelung entscheidend ist, sondern maßgebend sind zunächst die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages; gibt dieser keine oder nicht ausreichende Auskunft, so sind die Vorschriften des Handelsgesetzbuches für die Bedeutung heranzuziehen, die dann gegebenenfalls durch das Bürgerliche Gesetzbuch ihre Ergänzung finden.

§ 5.

Die Arten der Geschäftsführungsmacht.

Je nachdem der Gesellschaftsvertrag über die Form der Geschäftsführung Bestimmungen enthält, ergeben sich verschiedene Arten.

A. Die gesetzmäßige Geschäftsführungsmacht.

So wollen wir diejenige nennen, deren Regelung lediglich auf dem Handelsgesetzbuch und den ergänzenden Bestimmungen des

[3]) Lehmann-Ring zu § 117 Nr. 6 S. 248; Staub zu § 117 Anm. 6 S. 449; Makower zu § 117 Anm. Ia 3 S. 307; RG. Bd. 27 S. 430, Bd. 9 S. 335; ROHG. Bd. 16 S. 73; bezüglich der Kosten einer einstweiligen Verfügung vgl. RG. Bd. 22 S. 170.

Bürgerlichen Gesetzbuches beruht. Von ihr wollen wir zweckmäßigerweise ausgehen, obwohl sie erst eintritt, wenn der Gesellschaftsvertrag keine oder nur unvollständige Bestimmungen über die Geschäftsführung enthält.

Nach dem neuen Handelsgesetzbuch steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zu, und zwar jedem einzelnen für sich allein im vollen Umfange des § 116 (§§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1). Das Gesetz folgt damit dem alten Handelsgesetzbuch und stellt sich in bewußten Gegensatz zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dieses bestimmt, daß alle Gesellschafter im Zweifel nur gemeinsam handeln dürfen (§ 709). Diese Abweichung gebieten, wie schon die Denkschrift ausführt (S. 85), die besonderen Verhältnisse des Geschäftsbetriebes bei handelsgewerblichen Unternehmungen und — wie hinzuzufügen ist — die Verschiedenartigkeit der Zwecke, deren Erfüllung die Gründung beider Arten Gesellschaften dienen sollen. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann zu den verschiedensten Zwecken, materiellen wie ideellen, eingegangen, auf längere oder kürzere Dauer berechnet sein, oftmals wird sie nur zum Abschlusse eines einzigen Rechtsgeschäftes bestimmt sein. Daraus rechtfertigt sich zur Genüge die grundsätzliche Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches: alle, die sich zusammengeschlossen haben, sollen grundsätzlich gemeinschaftlich die Erfüllung des Zweckes herbeizuführen berechtigt und verpflichtet sein; es soll nicht jeder für sich handeln und dadurch vielleicht wider den Willen der andern einen Abschluß bewirken können. Anders bei der offenen Handelsgesellschaft: als eine Erwerbsgesellschaft muß sie sich naturgemäß auf einen längeren Betrieb einrichten, wenn anders sie überhaupt ihrer Aufgabe gerecht werden will. Zu ihrer Lösung bedarf sie in der Regel vielseitiger Arbeitsleistungen, die nur in selbständigem Handeln der einzelnen Mitglieder erbracht werden können; auch verlangt der Handelsverkehr die Möglichkeit raschen, entschlossenen Eingreifens. Darum will das Gesetz jeden einzelnen berechtigen, alles, was der Betrieb erfordert, ohne jedesmalige, oft zeitraubende Rücksprache mit den übrigen Gesellschaftern zu erledigen. Diesem Rechte entspricht die Pflicht zur Geschäftsführung. Indem das Gesetz dies im § 114 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, schneidet es hier eine für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts strittige

Frage ab. Wohl mit Unrecht erkennt z. B. Cosack[1]) dort eine Verpflichtung zur Geschäftsführung nur dann an, wenn diese durch den Gesellschaftsvertrag übertragen ist. Richtiger erscheint es, auch dort die Mitwirkung jedes Gesellschafters bei der Geschäftsführung als eine sich aus § 705 in Verb. mit § 709 ergebende Gesellschafterpflicht aufzufassen.

B. Die vertragsmäßige Geschäftsführungsmacht.

Damit soll der Kürze halber die durch Gesellschaftsvertrag modifizierte gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis bezeichnet sein. Die Gesellschafter sind hierin an nichts gebunden (§ 109 HGB.; anders bezüglich der Vertretung: vgl. §§ 125, 126 HGB.), die Vertragsfreiheit findet ihre Grenzen nur in den allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts, z. B. in denen über unsittliche Verträge (§ 138 BGB.) und in dem Wesen der Gesellschaft selbst.[2]) Diese Änderungen können die Art der Geschäftsführung wie auch deren Umfang betreffen. Sie müssen auch nicht unbedingt in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag bereits enthalten, sie können vielmehr erst nachträglich vereinbart sein. Der ursprüngliche und der neue Vertrag bilden dann die Teile eines einzigen, beide in gleicher Weise wirksam und gültig.[3])

Die Formen nun, die die Gesellschafter der Geschäftsführungsmacht geben können, sind so mannigfaltig, daß hier nur die hauptsächlichsten kurz aufgeführt werden sollen.

I. Die Gesamtgeschäftsführung. Hierunter ist — entsprechend der gesetzlichen Terminologie des § 125 Abs. 2 HGB. — diejenige Geschäftsführungsform zu verstehen, bei der entweder alle oder mehrere Gesellschafter nur gemeinsam handeln dürfen.

Ihr Wesen besteht darin, daß die geschäftsführenden Gesellschafter von der Befugnis, die Geschäftsführung allein zu besorgen, ausgeschlossen, vielmehr an das Zusammenwirken gebunden sind.[4])

---

[1]) Bürgerl. R. Bd. 2 S. 403.

[2]) Gareis, HR. S. 210; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 402.

[3]) Lehmann-Ring zu § 109 unter Nr. 1 S. 228; Staub zu § 114 Anm. 4 unter 2a S. 440; Planck, BGB. Bd. 2 unter V S. 735.

[4]) vgl. hierzu die Ausführungen v. Hahns bezüglich der Kollektivvertretung unter § 8 zu Art. 115 S. 416.

Nimmt einer von ihnen eine Handlung allein vor, so brauchen die anderen Gesellschafter — die in der Handelsgesellschaft Verbundenen — sie im Verhältnisse nach innen nicht gegen sich gelten zu lassen, wohl aber im Verhältnisse nach außen, wenn der betreffende Gesellschafter für sich allein Vertretungsbefugnis besitzt.

Da die Geschäftsführung Wirkungen für die anderen Gesellschafter nur im Innenverhältnis äußert, so ist nicht nötig, daß alle geschäftsführenden Gesellschafter, die an gemeinschaftliches Handeln gebunden sind, auch wirklich zusammen eine Willenserklärung abgeben; es genügt vielmehr, wenn nur einer von ihnen handelt, sich aber zuvor der Zustimmung der übrigen Geschäftsführer versichert (§ 115 Abs. 2 HGB.). Diese Zustimmung ist an keine Form gebunden,[5]) sie kann auch stillschweigend erteilt werden. Wann diese Art der Erteilung möglich und genügend ist, muß der tatsächlichen Würdigung im Einzelfalle überlassen bleiben. Vor allen Dingen wird sich bei rein faktischen Verrichtungen, wie Buchführung u. dgl., der Regel nach solch stillschweigendes Einverständnis annehmen lassen.

Bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes („Zustimmung") ist anzunehmen, daß die Zustimmung vor wie auch erst nach der Vornahme der Handlung erklärt werden kann (§§ 183, 184 BGB.). Diese allgemein vertretene Ansicht[6]) erscheint nicht unbedenklich in den Fällen, wo einige Mitglieder von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Es ist davon auszugehen, daß alle Gesellschafter die Anordnung der Gesamtgeschäftsführung gerade deshalb getroffen haben, um ein rasches selbständiges Handeln des einzelnen unmöglich zu machen und die Geschäftsführer zu zwingen, sich über die beabsichtigten Handlungen immer erst untereinander zu beraten. Die Gestattung der (nachträglichen) Genehmigung bedeutet im gewissen Sinne eine Umgehung der auf Gesamtgeschäftsführung gerichteten Vereinbarung. Sollten

[5]) vgl. ROHG Bd. 16 S. 35; a. A. Planck, BGB. zu § 709 unter 2 S. 741, der für die Zustimmung die Form erfordert, in der das betreffende Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll.

[6]) vgl. v. Gorski S. 72; Lehmann-Ring zu § 115 unter Nr. 2 S. 244; Goldmann zu § 115 Anm. 2 Ziff. 8 S. 513.

jedoch die Mitgeschäftsführer ihre nachträgliche Zustimmung nur erteilen, um etwa den eigenmächtig Handelnden vor Unannehmlichkeiten zu schützen, so würde sie alle die eigene Haftung gegenüber den übrigen Gesellschaftern treffen, falls die Genehmigung eine Verletzung der ihnen obliegenden Sorgfalt in sich schlösse.

Ob ein Gesamtgeschäftsführer der Handlung eines anderen zustimmen will, steht ganz in seinem Belieben; die Einwilligung kann infolgedessen nicht gerichtlich erzwungen oder ersetzt werden. Unbegründete Versagung der Zustimmung kann jedoch den betreffenden Geschäftsführer gegebenenfalls für einen der Gesellschaft hieraus erwachsenden Schaden ersatzpflichtig machen. Nur dann, wenn sich ein Mitgeschäftsführer im Gesellschaftsvertrage oder in einer späteren Vereinbarung zur Erteilung seiner Zustimmung zu einer bestimmten Art von Handlungen verpflichtet hat, dürfte seiner Weigerung mit der Klage begegnet werden können. In allen anderen Fällen hat die Handlung, falls nicht jeder einzelne Mitgeschäftsführer zugestimmt hat, zu unterbleiben.

Ausnahmen von der Gesamtgeschäftsführung:

a) Wie schon oben erwähnt, können die Gesamtgeschäftsführer einem von ihnen für eine bestimmte Art von Akten der Geschäftsführung im voraus ihre Genehmigung erteilen. Diese Durchbrechung des die Gesamtgeschäftsführung anordnenden Gesellschafterwillens findet ihre Rechtfertigung in der durch die Verhältnisse gebotenen Notwendigkeit (so bezüglich der Buchführung, der gewöhnlichen Korrespondenz u. dgl.), eine Maßnahme, die übrigens da, wo die Geschäftsführung in den Händen aller Gesellschafter ruht, außer jedem Zweifel steht.

b) Eine besonders wichtige Ausnahme bestimmt das Handelsgesetzbuch im Gegensatze zum Bürgerlichen Gesetzbuch[7]) bei Mangel widerstreitender Bestimmung des Gesellschaftsvertrages im § 115 Abs. 2: Bei Gefahr im Verzuge kann ein Gesamtgeschäftsführer auch einmal allein handeln, ohne die Zustimmung der anderen abwarten und ohne befürchten zu müssen, daß die Übernahme des Geschäfts auf Gesellschaftsrechnung verweigert werden könnte. Wir schließen uns hierbei der von Goldmann[8]) an

[7]) vgl. hierzu Denkschr. S. 85.

[8]) a. a. O. zu § 115 Anm. 2 Ziff. 21 S. 514.

vertretenen Ansicht an, daß Gefahr im Verzuge nur gegeben sei, wenn durch eine Verzögerung in der Vornahme einer Handlung der Gesellschaft ein wirklicher Schaden erwachsen würde. Diese Begrenzung der Ausnahme fordert schon der Sprachgebrauch des Wortes Gefahr. Die Befürchtung, der Gesellschaft würde bei nicht sofortigem Handeln ein Gewinn entgehen, berechtigt einen Gesamtgeschäftsführer noch nicht zu alleinigem Eingreifen.[9]) Wollte man es schon in diesem Falle gestatten, so würde man der Spekulation des einzelnen Gesellschafters Tür und Tor öffnen. Die Beurteilung, ob Gefahr im Verzuge vorliegt, ist immer Sache subjektiven Ermessens.

Ein Gesamtgeschäftsführer, der der Überzeugung ist, es bestehe Gefahr im Verzuge, ist u. E. dann nicht zu eigenmächtigem Handeln berechtigt, wenn die übrigen Mitgeschäftsführer ihre Zustimmung ausdrücklich verweigern. Hier muß die Handlung unterbleiben unbeschadet eines etwaigen Schadensersatzanspruches der Gesellschafter gegen die sich weigernden Geschäftsführer.[10])

Die Erlaubnis zu eigenmächtigem Handeln bei Gefahr im Verzuge bezieht sich übrigens nur auf Akte, die in den Rahmen der Geschäftsführung fallen, nicht auch darüber hinausgreifende. Auch ist nicht zu bestreiten, daß selbst bei Gefahr im Verzuge der Gesellschafter, bevor er selbständig handeln darf, versuchen muß, die Zustimmung der ihm erreichbaren Gesamtgeschäftsführer zu erlangen,[11]) es sei denn, daß die Dringlichkeit der Gefahr jeden Aufschub verböte.

Eine Ausnahme von der Verpflichtung zu gemeinschaftlichem Handeln wird allein durch Krankheit oder Abwesenheit eines Mitgeschäftsführers noch nicht begründet. Ist seine Zustimmung nicht zu erlangen, so muß das Geschäft unterbleiben.

II. Die Gesamtgeschäftsführung ist verschiedener Abwandlungen fähig. Nach dem Gesetz ist zur Vornahme einer Handlung

[9]) So auch v. Gorski S. 74; a. A. Staub zu § 115 Anm. 7 S. 444; Makower zu § 115 unter II S. 304.

[10]) A. A. v. Gorski S. 75, der sich auf Renaud S. 276 stützt; dieser hält auch den Geschäftsführer, der eine Handlung für notwendig erachtet, sie aber lediglich mit Rücksicht auf die erklärte Weigerung der anderen unterläßt, für schadensersatzpflichtig.

[11]) So auch Staub zu § 115 Anm. 7 S. 444.

die Zustimmung aller Gesamtgeschäftsführer erforderlich, der Gesellschaftsvertrag kann aber statt dessen bereits Stimmenmehrheit für entscheidend erklären (§ 119 HGB.). Diese Mehrheit ist mangels anderweiter Vereinbarung der Gesellschafter nach Köpfen zu berechnen (§ 119 Abs. 2 HGB.).

Hier erhebt sich die Frage: muß die Mehrheit, die sich für die Vornahme eines Geschäfts bereits zusammengefunden hat, erst noch den übrigen Mitgeschäftsführern Mitteilung davon machen und deren Meinungsäußerung abwarten? Schweigt der Gesellschaftsvertrag hierzu, so wird man die gestellte Frage im Zweifel bejahen müssen.[12]) Wie bereits oben (S. 27) ausgeführt worden ist, ist der Zweck der Anordnung einer Gesamtgeschäftsführung doch der, die einzelnen Geschäftsführer anzuhalten, gegenseitig ihr Für und Wider auszutauschen und erst auf Grund wechselseitiger Aussprache ihre Beschlüsse zu fassen. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint es unstatthaft, die Mehrheit einfach über die Köpfe der übrigen hinweg handeln zu lassen.

Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern zu gemeinsamer Ausübung überlassen, so kann die Bedingung dahin gefaßt sein, daß zwar alle Gesellschafter handeln dürfen, aber nur immer je zwei oder drei zusammen. Wird dagegen im Gesellschaftsvertrage gesagt, daß A und B Gesamtgeschäftsführer sein sollen, so sind, ohne daß es einer weiteren Erwähnung bedarf, die anderen Gesellschafter C und D von der Geschäftsführung überhaupt ausgeschlossen (§ 114 HGB.). Dieselbe Anordnung für die Vertretung würde nach außen — Eintragung ins Handelsregister vorausgesetzt — nur die Wirkung haben, daß A und B als Kollektivvertreter, C und D dagegen als Einzelvertreter zu gelten hätten.

Endlich ist auch eine Vermischung der unter A und B geschilderten Formen von Geschäftsführung in der Weise möglich, wie es soeben bezüglich der Vertretung geschildert worden ist, doch bedarf es in dieser Beziehung wegen der Vorschrift des § 114 Abs. 2 HGB. einer zweifelsfreien Anordnung im Vertrage.

---

[12]) vgl. auch Planck zu § 709 Anm. 2 S. 741; Oertmann zu § 709 Anm. 2 S. 770; a. A. Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 unter § 277 II, 1 αβ S. 401.

§ 6.

Der Umfang der Geschäftsführungsmacht.

Bei dem Versuche, den Begriff der Geschäftsführungsmacht festzustellen und sie von der Vertretungsbefugnis zu scheiden, ist bereits zum Teil auf den Umfang jener eingegangen worden. Wir haben gegenüber neuerdings mehrfach geäußerten Ansichten ausgeführt, daß die Grenze zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht nicht dort laufe, wo sich Rechtsbeziehungen zu Dritten entwickeln, sondern gestützt auf § 116 HGB. die Meinung vertreten, daß die Geschäftsführungsmacht auch zur Vornahme von Rechtsgeschäften mit Dritten berechtige, aber dem Gesellschafter nicht die Befugnis verleihe, im Namen der Gesellschaft aufzutreten und so die Gesellschaft unmittelbar Dritten gegenüber zu berechtigen und zu verpflichten.

Bei der Gegenüberstellung der §§ 116 und 126 zeigt sich aber auch, daß die Vertretungsmacht bedeutend weiter reicht als die Geschäftsführungsmacht. Sind beide notwendig zusammengehörige Begriffe, dann ist nicht einzusehen, weshalb die in ihnen enthaltenen Befugnisse nicht auch den gleichen Umfang haben. Es müßte im übrigen dem Gesellschaftsvertrage überlassen bleiben, hieran in der durch die Bedürfnisse im Einzelfalle gebotenen Weise zu ändern. Nach der Regelung, die Geschäftsführung und Vertretung im Handelsgesetzbuch gefunden haben, stehen beide grundsätzlich jedem Gesellschafter zum alleinigen Handeln zu. Während nun also ein Vertretungsberechtigter, der bis an die Grenze der ihm vom Gesetz verliehenen Befugnis geht, ohne weiteres die Gesellschaft dem Dritten gegenüber verpflichten würde, müßte er eine ihm zugleich im Umfange des § 116 HGB. zustehende Geschäftsführungsmacht überschreiten. Diese Tatsache spricht doch wohl gegen die Richtigkeit der Ansicht, daß der Vertretungsberechtigte auch Geschäftsführungsbefugnis haben müsse, oder daß beide Berechtigungen nur zwei verschiedene Seiten eines einheitlichen Begriffes der Verwaltung seien.

Wie weit erstreckt sich nun aber das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung?

Nach § 116 HGB. bezieht sich die Befugnis „auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt". Das bedeutet: der gesamte Betrieb in kaufmännischer wie in technischer Beziehung untersteht der selbständigen Leitung des geschäftsführenden Gesellschafters; er ordnet an und er führt aus, was immer für Tätigkeiten das Gewerbe verlangt. Die Handlungen können sein rein tatsächlicher Natur. Dahin gehört z. B. die äußerliche Regelung des Geschäftsganges, die Festsetzung der Bureaustunden, die Einrichtung des Ladens, des Bureaus, die Aufnahme der Inventur, die Buchführung u. dgl. Andere Handlungen sind rechtsgeschäftlicher Natur, das sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen an Mitgesellschafter (z. B. Erteilung eines Auftrages) oder gegenüber Dritten. Hierbei ist auf den bedeutsamen Gegensatz zur Vertretung zu achten: der geschäftsführende Gesellschafter, der nicht zugleich vertretungsberechtigt ist, kann durch seine Handlungen keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Dritten schaffen, er kann nur im eigenen Namen handeln. Darum werden manche Erklärungen, durch die nach Lage der Sache nicht einmal Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer persönlich und dem Dritten entstehen können, überhaupt jeder rechtlichen Wirkung ermangeln; diese kann nur der Vertretungsberechtigte erzielen (z. B. bei der einem Gesellschaftsschuldner gegenüber erklärten Mahnung oder bei der einem Gesellschaftsgläubiger gegenüber abzugebenden Mängelrüge oder dgl.).

Besitzt der Geschäftsführer nicht zugleich auch die Vertretungsmacht, so braucht er, um über solche Wirkungslosigkeit seiner Erklärungen hinwegzukommen, nur einem Vertretungsberechtigten eine entsprechende Anordnung zu erteilen. Dieser ist dann zur Vornahme jener Handlung verpflichtet. Das ergibt sich aus der Pflicht aller Gesellschafter, die Interessen der Gesellschaft zu fördern. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist das Exekutivorgan der Gesellschaft, während der geschäftsführende Gesellschafter für sie in allen ihren Angelegenheiten die Entschließungen faßt.[1])

Glünicke[2]) glaubt, diese Ansicht mit der Frage, welche

[1]) vgl. v. Gorski S. 16, 63, 64.

[2]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 36 S. 352.

Zwangsmittel denn der geschäftsführende Gesellschafter habe, um den widerstrebenden Gesellschafter zur Ausführung seines Willens anzuhalten, ad absurdum führen zu können. Ihm ist zu erwidern: Ja keine anderen, als wie sie den Gesellschaftern gegenüber einem sich weigernden Geschäftsführer zustehen. Das Zwangsmittel liegt in der Schadensersatzpflicht. Außerdem haben die Gesellschafter unter Umständen das Recht der Kündigung (§ 133 HGB.) und der Ausschließung (§ 140 HGB.).

Anders als nach der Vorschrift des § 126 HGB. und den Bestimmungen des BGB. (§ 709)[3] ist die Befugnis zur Geschäftsführung beschränkt auf die Vornahme aller Handlungen, „die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt". Das Gesetz verzichtet mit Recht darauf, den Umfang der Befugnis noch näher zu begrenzen, die zulässigen Handlungen etwa im einzelnen oder im allgemeinen aufzuzählen. Im Einzelfalle hat das subjektive Ermessen des Gesellschafters und bei entstandenen Streitigkeiten die freie Würdigung des Richters zu entscheiden. Es kann sich deshalb hier nur darum handeln, allgemeine Gesichtspunkte hervorzukehren, nach denen die Prüfung der Kompetenz im einzelnen zu erfolgen haben wird.

Zunächst ist darauf zu achten, daß die Gewöhnlichkeit oder Ungewöhnlichkeit des Betriebes sich bestimmt nach „dem", d. h. dem konkreten Handelsgewerbe der Gesellschaft, nicht nach (irgend) „einem" Handelsgewerbe (vgl. § 49 HGB.), auch nicht nach einem „derartigen" Handelsgewerbe (vgl. § 54 HGB.). Infolgedessen ist ausschlaggebend nicht allein die Art, d. h. die Branche, des Handelsgewerbes im allgemeinen, sondern auch der Umfang des Betriebes im besonderen; es ist zu prüfen die größere oder geringere Gefährlichkeit der beabsichtigten Handlung, aber immer nur in ihrer Relativität zu dem konkreten Gewerbe, ferner die augenblickliche Finanzlage, die Konjunktur u. dgl. Darum kann eine Kreditgewährung von gleicher Größe und Frist bei der einen Gesellschaft zum gewöhnlichen, bei der anderen zum ungewöhnlichen Betriebe zu rechnen sein. Umfängliche Kaufverträge, insbesondere über Waren, die großen Preisschwankungen ausgesetzt sind, Be-

[3] Denkschr. z. HGB. S. 85.

lastungen und Veräußerungen von Grundstücken, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, Bürgschaftsübernahme über bedeutende Summen u. dgl. mehr werden in der Regel als außergewöhnliche Geschäfte angesehen werden müssen. Auch Errichtung und Aufhebung einer Zweigniederlassung erscheint uns in der Regel als ein solches Geschäft, denn es hat viel gewichtige Konsequenzen und greift in einschneidender Weise in den Gesamtbetrieb ein.[4] Mit zutreffender Begründung zählt dagegen das Reichsgericht[5] Auskunftserteilung an Geschäftsfreunde zu den „gewöhnlichen Vorkommnissen im kaufmännischen Geschäftsleben". Anstellung von Handlungsgehilfen, Erteilung einer Handlungsvollmacht werden in der Regel häufig wiederkehrende Geschäfte in einem Handelsgewerbe sein, so daß auch sie die Befugnis zur Geschäftsführung mitumschließt. Die Veräußerung des Geschäfts der Handelsgesellschaft im ganzen kann dem geschäftsführenden Gesellschafter nie gestattet sein, denn damit wäre notgedrungen die Auflösung der Gesellschaft selbst gegeben.[6] Desgleichen ist die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ebenfalls aus dem Kreise der gewöhnlichen Geschäfte auszuscheiden, weil damit eine Änderung des Gesellschaftsvertrages verbunden ist (z. B. bezüglich Bestimmung über Gewinnbeteiligung).[7] Anders aber, wenn der betreffende Gesellschafter sich von vornherein das Recht ausbedungen hat, einen bestimmten, namentlich bezeichneten Dritten — z. B. ein Vater seinen Sohn — zu einer ihm geeignet erscheinenden Zeit in die Gesellschaft aufzunehmen.[8]

Eine wichtige Grundlage für die Entscheidung über die Zuständigkeit eines geschäftsführenden Gesellschafters bildet der Gesellschaftsvertrag. Aus ihm läßt sich Art und Umfang des konkreten Handelsgewerbes mitbestimmen. Insbesondere ergibt sich aus dem Vertrage die Zweckbestimmung der Gesellschaft. Alle Geschäfte aber, die mit dem Zwecke nichts zu tun haben, sind als

---

[4] A. A. Staub zu § 116 Anm. 2 S. 445.
[5] Bd. 20 S. 194.
[6] vgl. Behrend Bd. 1 S. 507, 508 Anm. 6.
[7] RG. Bd. 52 S. 161; vgl. auch Denkschr. z. HGB. S. 82 a. E.
[8] vgl. auch Entsch. d. RG. v. 19. 12. 1904 bei Holdheim Bd. 14 S. 163.

ihm fremde und damit als außergewöhnliche anzusehen.[9]) Da dies selbstverständlich ist, hat das Handelsgesetzbuch auf die Übernahme der dies ausdrücklich aussprechenden Bestimmung des a. HGB. (Art. 103 Abs. 1) verzichtet.

Noch eine grundsätzliche Frage bedarf der Erörterung. Unbestritten ist in Literatur und Praxis — soweit wir sehen —, daß ein Geschäftsführender gegen einen Gesellschafter als solchen aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebende Rechte geltend machen kann. Von der Mehrzahl der Schriftsteller wird jedoch die Frage verneint,[10]) ob er auch zum Abschlusse von Rechtsgeschäften für die Gesellschaft mit einem Gesellschafter befugt sei, der nicht als Gesellschafter, sondern z. B. als Käufer oder Verkäufer gegenübertritt. Mit Recht weist indessen schon v. Gorski (S. 55ff.) darauf hin, daß für Geschäfte zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft nicht die formelle Legitimation der Repräsentanten der Gesellschaft (der Vertretungsbefugten), sondern deren materielle Befugnis, deren Geschäftsführungsmacht in Frage kommt. In der Tat könnte der Gesellschafter, der mit einem vertretungsberechtigten Gesellschafter, der aber keine oder nur unzureichende Geschäftsführungsmacht besitzt, kontrahiert, die Gesellschaft nicht etwa unter Berufung auf § 126 HGB. aus einem solchen Vertrage belangen. Ein solches Verlangen würde vielmehr den guten Sitten oder mindestens den Grundsätzen von Treu und Glauben widerstreiten. Denn jeder Gesellschafter ist über die Befugnisse seiner Mitgesellschafter ganz genau unterrichtet, beruhen sie doch auf einem Gesellschaftsvertrage, an dessen Zustandekommen er selbst mitgewirkt hat. Demgegenüber ist für die Schutzbestimmung des § 126 HGB. kein Raum; sie dient nach der ihr innewohnenden ratio legis nur dem Schutze eines außerhalb der Gesellschaft Stehenden und darum mit deren inneren Verhältnissen nicht vertrauten Dritten. Darum gelangen wir zu dem Ergebnisse: Seiner eigenen Gesellschaft gegenüber ist ein Gesellschafter niemals als ein Dritter anzusehen; daher können auf die durch irgendwelche Rechtsgeschäfte zwischen

---

[9]) vgl. hierzu das Beispiel bei Renaud S. 250 von der Bankgesellschaft.

[10]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 540, 541; Lehmann-Ring zu § 114 unter Nr. 3 S. 241; Lehmann, HR. S. 304 a. E.

Gesellschaft und Gesellschafter begründeten Rechtsbeziehungen auch niemals die Vorschriften des 3. Titels („Rechtverhältnis der Gesellschafter zu Dritten") Anwendung finden.

Damit dürften im allgemeinen die grundsätzlichen Fragen, die sich an die Erörterung des Umfanges der Geschäftsführungsmacht knüpfen, erledigt sein. Es gilt nur noch der Sonderbestimmung des § 116 Abs. 3 HGB. zu gedenken.

Für die Erteilung der Prokura ordnet nämlich das Gesetz eine Art gesetzlicher Kollektivgeschäftsführung an: die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter ist dazu erforderlich, nach außen dagegen kann gemäß § 126 Abs. 1 HGB. jeder vertretungsbefugte Gesellschafter mit Wirkung gegen Dritte Prokura erteilen. Diese Einzelbefugnis ist im Innenverhältnis nur ausnahmsweise für den Fall gewährt, daß Gefahr im Verzuge ist. Beweispflichtig für das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist der Gesellschafter, der sich auf diese Ausnahmebestimmung beruft. Zu beachten bleibt, daß diese Maßnahme eines Geschäftsführers immer nur einen provisorischen Charakter hat. Ist hinterher die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter nicht zu erlangen, so hat der Widerruf der Prokura unverzüglich zu erfolgen.[11])

Zum Widerrufe einer Prokura ist dagegen jeder berechtigt, der zur Erteilung oder auch nur zur Mitwirkung hierbei befugt ist, daher von gesamtgeschäftsführenden Gesellschaftern jeder einzelne (§ 116 Abs. 3 Satz 2 HGB.).

Diese Ausnahmebestimmungen sind als solche streng auszulegen. Deshalb ist die auf eine Schlußfolgerung a maiore ad minus sich gründende Ansicht abzulehnen, daß auch die Beschränkung einer Prokura (z. B. durch Untersagung der Akzeptierung von Wechseln) jedem zu ihrer Erteilung mitberechtigten Gesellschafter zustünde gleichsam als ein teilweiser Widerruf derselben. Dieses Rechtsgeschäft ist vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsführung zu beurteilen[12]): nur wenn es als zum gewöhnlichen Betriebe gehöriges Geschäft anzusehen

---

[11]) vgl. Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 35 S. 230 Nr. 55.

[12]) Bolze Bd. 3 Nr. 792; a. A. Rießer, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 42 S. 322.

ist, kann ein Geschäftsführer die Prokura teilweise (für das Innenverhältnis) beschränken, sonst müssen alle Gesellschafter zustimmen.

Alle bisherigen Darlegungen dieses Abschnittes waren der Auslegung der den Umfang der Geschäftsführung regelnden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches gewidmet. Nun können aber, wie wir wissen, diese Vorschriften durch Vertrag ganz beseitigt oder abgeändert werden.

So ist es denn den Gesellschaftern überlassen, den Umfang der Geschäftsführung zu erweitern oder zu beschränken. Sie können dem einzelnen Geschäftsführer oder deren Gesamtheit das Recht verleihen, alle nur irgendwie im Geschäftsbetriebe auftretenden Handlungen ohne Rücksicht auf ihre Ungewöhnlichkeit vorzunehmen; sie dürfen es andererseits zur Pflicht machen, bei allen Geschäften, die z. B. eine bestimmte Summe übersteigen, zuvor die Einwilligung aller übrigen Gesellschafter einzuholen. Sie können dem einen Geschäftsführer lediglich den technischen, dem anderen ausschließlich den kaufmännischen Teil der Geschäfte zuweisen. Die Befugnis zur Geschäftsführung kann für einen Gesellschafter beschränkt sein auf einen bestimmten Ort oder auf eine Zweigniederlassung, und zwar unabhängig davon, ob die Firma der Handelsgesellschaft durch einen Zusatz als Firma der Zweigniederlassung kenntlich ist oder nicht. Anderes bestimmt hinsichtlich der Vertretungsmacht § 126 Abs. 3 in Verb. mit § 50 Abs. 3 HGB.

Auch die Erteilung und der Widerruf der Prokura kann durch Gesellschaftsvertrag abweichend vom Gesetze geregelt werden, etwa derart, daß jeder einzelne Geschäftsführer zur Vornahme dieser Rechtshandlung befugt ist, oder daß sämtliche Gesellschafter, auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, mitwirken müssen.

Im übrigen bieten alle diese Abänderungen der gesetzlichen Bestimmungen zu besonderen Bemerkungen keinen Anlaß. Wohl aber ist im folgenden von zwei Vorschriften zu handeln, durch die das Gesetz selbst den Umfang der Geschäftsführungsmacht beschränkt und erweitert.

§ 7.

Das Widerspruchsrecht des geschäftsführenden Gesellschafters.

Gegenüber dem im Gesetze ausgesprochenen Grundsatze, daß jedem einzelnen Gesellschafter die Geschäftsführungsmacht im vollen Umfange zusteht, erscheinen Vorsichtsmaßregeln[1]) dringend geboten, um nicht durch die Handlung eines einzelnen die Gesellschaft unter Umständen in mehr oder minder gefährlichen Geschäften festzulegen. Dieser Erwägung hat sich der Gesetzgeber ebensowenig verschlossen wie der anderen, daß besonders im Handelsverkehre eine gesetzgeberische Maßnahme um so wertvoller ist, je einfacher und klarer sie ist. Aus dieser Erkenntnis heraus ist in die Vorschriften über die Geschäftsführung, und zwar in den § 115 Abs. 1 HGB. die Bestimmung aufgenommen worden: „Widerspricht ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben". Dieses Widerspruchsrecht bedeutet einerseits einen wichtigen Bestandteil der Geschäftsführungsmacht, andererseits aber zugleich eine wichtige Beschränkung derselben. Im einzelnen ist folgendes hierzu auszuführen:

1. Das Widerspruchsrecht steht nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zu, also nicht den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Dabei ist die Bezeichnung „geschäftsführender" dahin einschränkend auszulegen, daß sie einem Gesellschafter nur insoweit zukommt, als er die Geschäftsführung auch tatsächlich zu handhaben berechtigt ist. Daraus folgt, daß ein Gesamtgeschäftsführer nur gemeinsam mit seinen Mitgeschäftsführern widersprechen kann, und weiter, daß auch ein in der Geschäftsführung beschränkter Gesellschafter das Widerspruchsrecht nur ausüben darf, sofern er die Handlung, gegen die er sein Veto einlegen will, innerhalb der ihm zustehenden Befugnis selbst vornehmen kann.

2. Durch Geltendmachung dieses Rechtes kann jeder Geschäftsführer die Vornahme einer Handlung durch einen anderen hindern, ohne Rücksicht auf deren Dringlichkeit und ungeachtet des Umstandes, daß Gefahr im Verzuge sei oder die Vornahme die Er-

[1]) vgl. v. Gorski S. 82.

füllung einer rechtlichen Verbindlichkeit bedeute. Selbstverständlich — und deshalb im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt — ist, daß ein Gesellschafter nie eine Handlung, die sich gegen ihn persönlich richtet (z. B. die Erhebung von Schädenansprüchen aus mangelhafter Geschäftsführung), durch seinen Widerspruch zu hindern vermag. Das ist in der Natur der Sache begründet. Aus dem gleichen Grunde darf ein Gesellschafter nicht widersprechen, wenn ein anderer Geschäftsführender ein ihm vom Gesetz verliehenes Sonderrecht, z. B. Widerruf einer Prokura, ausübt oder ein Geschäft, das durch Beschluß der Gesellschafter für zulässig erklärt ist (vgl. § 116 Abs. 2 HGB.), vornimmt.[2])

3. Die Handlung, gegen die sich der Widerspruch richtet, darf noch nicht vorgenommen sein, andernfalls ist er wirkungslos. Auch muß sie bestimmt bezeichnet sein als die konkrete, von dem anderen beabsichtigte Handlung. Das schließt jedoch nicht aus, daß der Widerspruch gegen eine Reihe bestimmter Geschäfte (im allgemeinen Sinne) wirksam erhoben werden kann. Dagegen ist ein genereller Widerspruch unzulässig und deshalb unbeachtlich.[3])

4. Der Widerspruch ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Wirksamwerden sich aus § 130 BGB. ergibt. Sie ist an den Gesellschafter zu richten, der die betreffende Handlung vornehmen will. Die Frage, ob konkludente Handlungen eine den Widerspruch enthaltende Willenserklärung zu ersetzen vermögen, läßt sich nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalles beantworten. Die Zulässigkeit ist jedenfalls nicht allgemein zu verneinen.

5. Liegen alle diese Voraussetzungen bei Ausübung des Widerspruchsrechts vor, dann muß die beabsichtigte Handlung unterbleiben. Sollte der Gesellschafter trotzdem das Geschäft vornehmen, dann brauchen die übrigen es — außer im Falle des § 679 BGB. — nicht anzuerkennen, auch macht sich jener ersatzpflichtig für allen Schaden, den die Gesellschaft daraus erleiden sollte. Das ist wichtig besonders dann, wenn der Geschäftsführer

---

[2]) vgl. Lehmann-Ring zu § 115 Anm. 1 S. 244.

[3]) vgl. Buschs Arch. für Theorie und Praxis Bd. 18 S. 151; Knoke S. 59; Goldmann zu § 115 Anm. 1 Ziff. 8 S. 512.

zugleich vertretungsberechtigt ist. Außerdem kann sich bei Prüfung der näheren Umstände ergeben, daß der Eigensinn des zuwiderhandelnden Gesellschafters einen hinreichenden Grund zur Kündigung der Gesellschaft oder zu seiner Ausschließung darstellt (§§ 133, 140 HGB.).

6. Diese letzteren Erwägungen geben zugleich Anlaß, die im Gesetz über das Widerspruchsrecht getroffenen Bestimmungen als ius cogens anzusehen, so daß dieses Recht durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen oder beschränkt, und daß auf dasselbe nicht wirksam verzichtet werden kann (arg. aus § 133 Abs. 3 HGB.). Zu dieser Ansicht gelangt auch Knoke.[4]) Er meint, das Widerspruchsrecht sei unentbehrlich, um zu verhindern, daß die Geschäfte von den einzelnen nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten geführt werden. In der Tat könnte, wenn jeder einzelne Geschäftsführer unumschränkter Herr des Unternehmens sei, ein gedeihliches Zusammenwirken aller geschäftsführenden Mitglieder im Interesse der Handelsgesellschaft unter Umständen überhaupt unmöglich werden.

7. Grundloser Widerspruch kann den Gesellschafter, der ihn erhoben hat, dann zum Schadensersatz verpflichten, wenn der andere lediglich dadurch eine Handlung zu unterlassen bewogen worden ist und aus dieser Untätigkeit der Gesellschaft finanzielle Nachteile erwachsen sind. Diese Ersatzpflicht hat freilich zur Voraussetzung, daß der Widerspruch entweder aus Schikane eingelegt war, oder daß der Widersprechende bei Anwendung der nötigen Sorgfalt (diligentia quam suis rebus, s. unter § 9) die Nützlichkeit oder Notwendigkeit des Geschäfts hätte einsehen müssen.[5]) Unter Umständen kann unbegründeter Widerspruch auch zur Auflösung oder Kündigung (§§ 133, 140 HGB.) berechtigen.

---

[4]) S. 59; vgl. auch Dertmann, Schuldverhältnisse zu § 711 Anm. 3 S. 772.

[5]) So Renaud S. 252.

§ 8.

Das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter.

Wird durch Einlegung des Widerspruchs regelmäßig die Geschäftsführungsmacht des dieselbe ausübenden Gesellschafters beschränkt, so kann sie andererseits durch die Gesellschafter auch über den Kreis der gewöhnlichen Betriebshandlungen hinaus erweitert werden. Ist jedoch dem Geschäftsführer nicht schon durch den Gesellschaftsvertrag auch die Befugnis zur Vornahme außergewöhnlicher Handlungen — sei es im allgemeinen oder solcher einer bestimmten Art — eingeräumt worden, so bedarf er in jedem einzelnen Falle, wo er die ihm gesteckte Grenze überschreiten will, eines Beschlusses aller Gesellschafter. Diese Vorschrift des § 116 Abs. 2 HGB. nennt man gemeinhin das Konsensprinzip.

1. Ohne einen solchen Beschluß darf ein geschäftsführender Gesellschafter eine seine Befugnisse überschreitende Handlung nicht vornehmen,[1]) mag er, der doch die gesamte Geschäftslage am besten überschauen kann, jene auch für noch so wichtig und als im Interesse der Gesellschaft gelegen erachten, mag seiner Meinung nach auch mit dem kürzesten Aufschube Gefahr verbunden sein.[2]) Nimmt er ohne einen ihn ausdrücklich ermächtigenden Beschluß eine derartige Handlung vor, so tut er es auf seine Rechnung und Gefahr. Den Gesellschaftern bleibt es natürlich unbenommen, das Geschäft hinterher zu genehmigen, aber zu einer Anerkennung desselben kann er sie niemals zwingen. Seine Rechte und Pflichten aus solchem Handeln bestimmen sich nur nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Geschäftsführung ohne Auftrag.

2. Der Beschluß ist von sämtlichen Gesellschaftern einstimmig zu fassen, also auch von den nichtgeschäftsführenden (§§ 116 Abs. 2, 119 Abs. 1 HGB.). Mag auch nur ein einziger der Gesellschafter seine Zustimmung nicht erteilen, er braucht sie nicht einmal aus-

[1]) vgl. auch Art. 103 Abs. 1 a. HGB.: „... Beschluß muß vor der Vornahme von Geschäften eingeholt werden".

[2]) ROHG. Bd. 20 S. 247.

drücklich zu verweigern, so kommt der vom Gesetz geforderte Beschluß nicht zustande. Die Motive der Verweigerung der Zustimmung können sehr mannigfacher Art sein: Häufig wird es vorkommen, daß Gesellschafter, die mit der Geschäftsführung nichts zu tun haben, die Geschäftslage nicht genügend zu überschauen oder das vorgeschlagene Geschäft (z. B. die Anlegung von Gesellschaftsvermögen in Spekulationspapieren) nicht zu beurteilen vermögen und darum aus Ängstlichkeit zu einer Zustimmung sich nicht entschließen können. Die Verweigerung der Zustimmung ist das Recht eines jeden Gesellschafters, das ihm von den übrigen wie vom Richter wider seinen Willen nicht genommen werden kann, es sei denn, daß er sie lediglich aus Schikane versage, oder daß sein Verhalten wider Treu und Glauben verstoße. In solchem Falle kann auch Grund genug zu seiner Ausschließung gemäß §§ 133, 140 HGB. gegeben sein.

Dieses Konsensrecht ist besonders deshalb von großer Wichtigkeit, weil das Gesetz, wie bereits oben gesagt ist, im § 119 für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse Einstimmigkeit verlangt. Im preußischen Entwurfe zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 103—106) war nur für Geschäfte, die dem Gesellschaftszwecke fremd seien, Stimmeneinheit gefordert, während bei den „ungewöhnlichen" Betriebshandlungen Stimmenmehrheit zu einer Beschlußfassung ausreichend sein sollte. Diese Vorschriften haben die Nürnberger Kommission lebhaft beschäftigt; es wurde für das Prinzip der Stimmeneinheit vor allem die solidarische Haftung jedes einzelnen Mitglieds für alle Geschäfte der Gesellschaft verwertet und die Unentbehrlichkeit dieses Prinzips für die Erhaltung der Einigkeit in der Gesellschaft betont, denn eine Gesellschaft, in der öfters einer durch Majoritätsbeschlüsse niedergestimmt worden sei, werde nicht allzu lange bestehen.[3]) Diese Ansicht ist dann auch durchgedrungen (vgl. Art. 103 Abs. 3 a. HGB.).

Richtet sich der Beschluß gegen einen Mitgesellschafter, so ergibt sich aus der Natur der Sache insofern eine Ausnahme vom Prinzip der Stimmeneinheit aller, als jener Gesellschafter nicht mitstimmen darf.

---

[3]) vgl. Prot. S. 197 ff.

3. Ist die Vornahme des Geschäftes ordnungsmäßig beschlossen, so ist der Geschäftsführer nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet zur Ausführung. Er macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er sich dem Beschlusse widersetzt, es sei denn, daß dieser den guten Sitten oder einem gesetzlichen Verbote zuwiderlaufe (§§ 138, 134 BGB.).[4]) Abgesehen von diesen Ausnahmen ist der geschäftsführende Gesellschafter nur dann berechtigt, von dem Beschlusse abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß die Gesellschafter bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden. Vor der Abweichung hat er den Gesellschaftern Mitteilung zu machen und ihre Entschließung abzuwarten, außer wenn Gefahr im Verzuge ist (§§ 713, 665 BGB.).

Ebenso wie der geschäftsführende Gesellschafter ist aber auch jedes andere Mitglied der Gesellschaft, das bei dem Beschlusse mitgewirkt hat, an ihn gebunden. Hat es einmal zugestimmt und so einen Gesellschaftsbeschluß mit zustande gebracht, so kann es seine Zustimmung nur nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 119—125) anfechten.

4. Diese Vorschriften über das Zustimmungsrecht sind dispositiver Natur. Wie bereits erwähnt ist, kann der Gesellschaftsvertrag, der ursprüngliche wie ein späterer Zusatz diese Bestimmungen gegenstandslos machen, wenn er einem Gesellschafter von vornherein Geschäftsführungsmacht auch für Handlungen erteilt, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen. Die Parteien können auch vereinbaren, daß für solche Geschäfte die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter oder eine andere Form der Gesamtgeschäftsführung genüge. An die Stelle der Stimmeneinhelligkeit des § 119 HGB. kann Stimmenmehrheit treten, die sich dann mangels anderweiter Regelung des Gesellschaftsvertrages nach der Zahl der Gesellschafter berechnet (§ 119 Abs. 2 HGB.).

---

[4]) Goldmann zu § 116 Anm. 2 unter Ziff. 9 S. 517.

§ 9.

Die Rechte und Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters.

Die Quelle der Rechte und Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters ist zunächst der Gesellschaftsvertrag, ergänzend tritt dann das Handelsgesetzbuch und Bürgerliche Gesetzbuch ein.[1]) Dieses nimmt in § 713 Bezug auf die für den Auftrag geltenden Bestimmungen der §§ 664—670 mit der Einschränkung: „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt".

Auch hier empfiehlt es sich, von dem Falle auszugehen, wo beim Schweigen des Gesellschaftsvertrages die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers sich nur nach den einschlagenden gesetzlichen Vorschriften bestimmen.

Dabei sind als nicht in den Rahmen dieser Abhandlung passend auszuscheiden alle diejenigen Rechte und Pflichten, die einem Gesellschafter ohne Rücksicht darauf, ob er Geschäftsführer ist oder nicht, zukommen, also z. B. was die Pflicht zur Leistung der Beiträge, oder das Recht auf Gewinnanteil, oder die Verpflichtung zur Beobachtung des Konkurrenzverbotes u. dgl. anlangt.

Vorausgeschickt werden mag, daß der geschäftsführende Gesellschafter nach § 114 Abs. 1 HGB. zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist. Daraus muß gefolgert werden, daß er einen unbedingten Anspruch auf Gewährung der Möglichkeit hat, alle in den Bereich seiner Befugnis fallenden Handlungen vorzunehmen.[2]) Darum ist vor allem bei angeordneter Gesamtgeschäftsführung die Verpflichtung aufzustellen, daß jeder dazu berechtigte Gesellschafter alle ihm allein bekannt werdenden Mitteilungen in Gesellschaftsangelegenheiten seinen Mitgeschäftsführern zur Kenntnis bringen muß.

Im übrigen sind an Rechten und Pflichten noch folgende aufzuführen:

1. Ausgehend von der Erwägung, daß die Geschäftsführungsbefugnis Ausfluß der Mitgliedschaft ist, und daß bei Ausschluß

[1]) vgl. §§ 109, 105 Abs. 2 HGB.
[2]) vgl. ROHG. Bd. 25 S. 52.

der anderen Gesellschafter die Überlassung der Geschäftsführung an einen oder an mehrere Gesellschafter auf besonderem Vertrauen in ihre Person beruht, ist zu fordern, daß der Geschäftsführer die Ausübung seiner Befugnisse nicht einem Dritten übertragen darf (vgl. auch § 664 BGB.). Hiervon ergeben sich jedoch aus der Natur des zwischen dem Geschäftsführer und den übrigen Gesellschaftern bestehenden Rechtsverhältnisses mancherlei Ausnahmen: er kann mit der Erledigung einzelner Handlungen einen Mitgesellschafter wie auch einen Dritten betrauen. Inwieweit dies zu gestatten ist, läßt sich nur im Einzelfalle entscheiden. Soweit danach aber eine solche Maßnahme gerechtfertigt erscheint, haftet der Geschäftsführer nicht für die Ausführung selbst, sondern nur für culpa in eligendo (§ 664 Abs. 1 Satz 2 BGB.)[3] und für etwaige unrichtige oder ungenügende Instruktion des Substituten.[4] Hiernach kann z. B. die Anstellung von Handlungsgehilfen zu beurteilen sein.

Anders, wenn der Geschäftsführer sich zur Erfüllung seiner Pflichten eines Gehilfen bedient, dem er nicht die Ausführung der ihm obliegenden Geschäfte insgesamt überläßt, sondern den er nur zuzieht, während er selbst die Oberleitung behält.[5] In der Regel wird die Zuziehung eines Gehilfen gestattet sein, es sei denn, daß die Art des Geschäfts oder besondere Umstände dies verbieten.[6] Für das Verschulden des Gehilfen haftet der geschäftsführende Gesellschafter wie für sein eigenes (§§ 664 Abs. 1 Satz 3, 278 BGB.).

2. Der Geschäftsführer als solcher hat bei seinen Handlungen und bei deren schuldhaftem Unterlassen unter allen Umständen Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten; im übrigen haftet er nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, also für diligentia quam suis rebus oder für culpa in concreto (§§ 708, 276, 277 BGB.). Er hat zu beweisen, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgsamer zu verfahren pflegt.

---

[3] vgl. RG. Bd. 38 S. 303 ff., insbes. S. 305 a. E. ff.

[4] vgl. Urteil des OLG. Bamberg v. 24. 2. 1906 in Seufferts Arch. Bd. 61 Nr. 228 S. 410 ff.; Staudinger Bd. 2, 2 zu § 664 Anm. 2b S. 1037.

[5] Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 664 Anm. 1 S. 696.

[6] Planck Bd. 2 zu § 664 Anm. 2a S. 662.

überall aber, wo sein Handeln widerrechtlich ist — z. B. wenn er eigenmächtig sich nicht an ein gültig eingelegtes Veto hält —, haftet er für jeden Schaden.[7]) Diese erhöhte Haftung tritt natürlich nicht ein, wenn die Gesellschafter die an sich widerrechtliche Handlung hinterher genehmigt haben. Sie entfällt auch dann, wenn der Geschäftsführer unter den im § 665 BGB. festgesetzten Bedingungen von den ihm erteilten Weisungen abweichen darf. Da er aber, wie wir gesehen haben, im allgemeinen völlig selbständig in seinen Entschließungen ist, so dürfte sich die Anwendung dieser Bestimmungen auf die Fälle beschränken, wo er an Beschlüsse der Gesellschafter, die in gültiger Weise gefaßt worden sind,[8]) oder an Beschlüsse seiner Mitgeschäftsführer, mit denen er nur gemeinschaftlich zu handeln berechtigt ist, gebunden ist. Nach dem Gesellschaftsvertrage können sich jedoch noch andere gleichartige Fälle ergeben.

Während nun Art. 94 Abs. 2 Satz 2 altes HGB. ausdrücklich bestimmte, daß ein Gesellschafter gegen den von ihm zu ersetzenden Schaden nicht die Vorteile aufrechnen dürfte, welche er in anderen Fällen durch seinen Fleiß der Gesellschaft verschafft habe, schweigt das neue Handelsgesetzbuch hierüber, da, wie die Denkschrift (S. 82) zutreffend äußert, die Unzulässigkeit solcher Kompensation selbstverständlich sei.[9]) Anders erscheint es uns nur in dem Falle, wo aus ein und demselben Geschäfte für die Gesellschaft Vorteil und Schaden entstanden ist. Es wäre unbillig, wenn diese den Vorteil einstecken könnte, der Geschäftsführer aber mit dem gesamten Schaden belastet werden sollte; vielmehr ist jenes Geschäft als Ganzes zu betrachten, Schaden und Vorteil sind voneinander abzuziehen und nur, wenn sich im Endergebnisse ein Verlust für die Gesellschaft ergibt, ist dieser ein Recht auf Ersatz zuzusprechen.[10])

3. Jedem einzelnen Gesellschafter[11]) gegenüber ist der Ge-

---

[7]) vgl. auch Prot. S. 179.

[8]) vgl. oben S. 43 unter Nr. 3.

[9]) Im praktischen Ergebnisse übereinstimmend Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 713 Anm. 4 S. 774.

[10]) vgl. Prot. S. 180.

[11]) So auch Goldmann zu § 114 Anm. 2 Ziff. 11 S. 509, 510; jetzt auch Staub zu § 114 Anm. 8 S. 441, zu § 118 Anm. 8 S. 450.

schäftsführende auskunftspflichtig über den Stand der geschäftlichen Angelegenheiten. Er muß jedem jederzeit[12]) die Möglichkeit gewähren, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich eine Bilanz anzufertigen (§ 666 BGB. in Verb. mit § 118 HGB.); herauszugeben braucht er die Bücher und Schriftstücke nicht. Diese neben der Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs überflüssig erscheinende besondere handelsrechtliche Bestimmung ist, wie die Denkschrift (S. 86/87) ausführt, des inneren Zusammenhanges wegen und um der wesentlichen Ergänzungen der Bestimmungen über die Geschäftsführung willen wiederholt worden.

Dieses Recht der Einsichtnahme hat nur der Gesellschafter als solcher, es ist ein höchstpersönliches Recht wie das zur Vertretung und zur Geschäftsführung. Daher kann der Geschäftsführer einem Bevollmächtigten des Gesellschafters den Einblick mit Recht verweigern. Er kann ihn verwehren dem Gläubiger eines Gesellschafters[13]) wie auch dem Ehemanne, dem die Verwaltung und Nutznießung am Vermögen seiner der Gesellschaft angehörenden Ehefrau zusteht. Dagegen darf der Geschäftsführer einen Sachverständigen, den ein des kaufmännischen Betriebes unkundiger Gesellschafter mitgebracht hat zu seiner Unterstützung, in der Regel nicht zurückweisen; ein solches Verhalten würde nicht der Verkehrssitte entsprechen und wider Treu und Glauben verstoßen (§ 157 BGB.).[14]) Ist jedoch von der Einsichtnahme durch den Sachverständigen eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen zu befürchten — der Sachverständige ist vielleicht selbst Konkurrent der Gesellschaft, oder er steht mit Konkurrenten in näherer Beziehung, oder er erscheint sonst nicht als einwandfreier Mann —, dann ist der Geschäftsführer zur Weigerung nicht nur berechtigt,[15]) sondern auch verpflichtet. Würde ihm bei der Gestattung des Einblicks eine Verletzung der von ihm zu beobachtenden Sorgfalt zur Last fallen, so müßte er der Gesellschaft für allen hieraus entstehenden Schaden haften.

---

[12]) Die ausdrückliche Bestimmung des Art. 105 a. HGB. erscheint entbehrlich.

[13]) Renaud S. 433; Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 22 S. 285, 302.

[14]) ROHG. Bd. 7 S. 75.

[15]) vgl. RG. Bd. 25 S. 88 ff.

Die Bücher müssen so geführt und die Papiere so geordnet sein, daß sich der Gesellschafter aus ihnen einen vollkommenen Überblick über die Geschäftsangelegenheiten verschaffen kann (vgl. § 38 HGB.). Ist dies nicht der Fall, so ist der Geschäftsführende zu weiterer Auskunft verpflichtet.

Wenn das Gesetz im § 118 von den Handelsbüchern und Papieren der Gesellschaft spricht, so sind darunter nur die im Eigentum und Besitz der Gesellschaft befindlichen zu verstehen. Dabei ist zu bemerken, daß der Geschäftsführer die tatsächliche Gewalt über die Bücher und die Papiere für die Gesellschaft in deren Erwerbsgeschäft ausübt als Besitzdiener (§ 855 BGB.). Soweit dagegen Bücher oder Papiere, die sich auf Gesellschaftsangelegenheiten beziehen (z. B. Notizen u. dgl. in Privatbüchern), im Eigenbesitze eines einzelnen Gesellschafters sind, kann seitens eines anderen Gesellschafters Einsicht in sie jetzt nur nach Maßgabe der §§ 45 ff. HGB., §§ 809 ff. BGB. gefordert werden.[16])

Findet der kontrollierende Gesellschafter die Bücher nicht korrekt geführt, so kann er gegen den Geschäftsführer auch auf Berichtigung oder Vervollständigung derselben klagen.

§ 666 BGB. erlegt dem Beauftragten noch die Verpflichtung auf, dem Auftraggeber auf dessen Verlangen Rechnung zu legen. Hieraus ohne weiteres die gleiche Verpflichtung für den Geschäftsführer der offenen Handelsgesellschaft abzuleiten, verbietet die Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis. Nur dann, wenn der geschäftsführende Gesellschafter nicht auch die Buchführung unter sich hat, so daß in den der Einsicht der Gesellschafter zugänglichen Büchern und Papieren dessen Geschäfte nicht sogleich in kaufmännischer Weise von ihm zum Ausdruck gebracht werden, hat u. E., wenn nicht vertragsmäßig etwas anderes vereinbart ist, die Rechnungslegung auf Verlangen sofort nach Abschluß des Geschäfts zu erfolgen. Im übrigen erfährt die in § 713 BGB. ausgesprochene Verweisung auf die Vorschriften über den Auftrag (§§ 664—670), insbesondere die Bestimmung des § 666 BGB.

[16]) So Makower zu § 118 Anm. II c, 2 S. 309; a. A. Lehmann-Ring zu § 118 unter Nr. 1 S. 249; Goldmann zu § 118 Anm. 1 Ziff. 12 S. 526; Staub zu § 118 Anm. 2 S. 450 und die unter dem geltenden Rechte nicht mehr überzeugende Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 296.

über die Rechnungslegung eine Einschränkung durch § 721 BGB.: Danach kann Rechnungslegung von einem Gesellschafter erst nach Auflösung der Gesellschaft, bei Gesellschaften von längerer Dauer (solche sind in der Regel die Handelsgesellschaften) im Zweifel am Schlusse eines Geschäftsjahres verlangt werden (vgl. auch § 120 HGB.).[17]) Diese Vorschriften sind dispositiv; der Gesellschaftsvertrag kann einen besonderen Zeitpunkt für die Rechnungslegung bestimmen. Liegt ein triftiger Grund vor, zur Kontrolle des geschäftsführenden Gesellschafters außer der Zeit Rechnungslegung zu fordern, so steht diesem Verlangen § 721 BGB. nicht entgegen.

Da nun aber einem Gesellschafter, dem die Geschäftsführung in vollem Umfange zusteht, im Innenverhältnisse auch die Erfüllung der Pflichten obliegen wird, welche die §§ 38 ff., insbesondere § 39 HGB. jedem Kaufmann auferlegen, so wird im allgemeinen, wenn der Geschäftsführer diesen Bestimmungen ordnungsmäßig nachkommt und Inventar und Bilanz aufstellt, eine weitere Rechnungslegung im Sinne des § 666 BGB. unnötig sein, aber sie wird sich nicht unter allen Umständen erledigen,[18]) denn Bilanz- und Inventarerrichtung ist nur eine Art der Rechnungslegung. Während das Inventar ein Verzeichnis aller Vermögensgegenstände, einschließlich der Grundstücke und des baren Geldes, sowie der Forderungen und Schulden der Gesellschaft, die Bilanz einen das Verhältnis von Vermögen und Schulden wiedergebenden Abschluß darstellt, hat bei der Rechnungslegung im Sinne der §§ 666, 721 in Verb. mit § 259 BGB. außer einer Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben auch eine Vorlegung der Belege zu erfolgen, damit der Gesellschafter sich ein möglichst genaues Bild von der Art der Geschäftsführung überhaupt und von den einzelnen Geschäften machen kann.[19])

---

[17]) vgl. hierzu Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 713 Anm. 2 c S. 774; Staudinger Bd. 2, 2 zu § 713 Anm. I, 1 c S. 1139 und Bem. zu § 721 S. 1155; zu allgemein Goldmann zu § 114 Anm. 2 Ziff. 11 S. 509.

[18]) vgl. ROHG. Bd. 19 S. 346.

[19]) vgl. hierzu Urteil d. RG. v. 24. 5. 1902 im Recht 1902 Nr. 1679 S. 349.

Rechnungslegung kann jeder Gesellschafter[20]) verlangen. Zugegeben werden mag der Ansicht Makowers,[21]) daß den „Auftraggebern" des § 666 BGB. hier die Gesellschaft, das sind die in ihr verbundenen Gesellschafter, entspricht. Wenn wir trotzdem das Recht auf Rechnungslegung nicht nur der Gesamtheit der Gesellschafter zuerkennen, so ist für die von uns in Übereinstimmung mit Goldmann und (jetzt auch entgegen seiner früheren Meinung) Staub[22]) vertretene Ansicht entscheidend die Erwägung, daß nach § 105 HGB. in Verb. mit § 705 BGB. die Gesellschafter sich gegenseitig zur Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes verpflichten. Daraus muß gefolgert werden, daß auch jeder vom anderen die Erfüllung der ihm vertragsmäßig oder nach dem Gesetze obliegenden Pflichten fordern kann. Einem solchen Verlangen kann ein Gesellschafter auch nicht etwa mit der Einrede aus § 320 BGB. begegnen, auch kann der beklagte Geschäftsführer im allgemeinen nicht einwenden, der Kläger möge selbst erst einer ihm obliegenden Verpflichtung zur Rechnungslegung nachkommen, da mit dieser Pflicht der Anspruch auf Rechnungslegung nicht im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung steht.[23])

Wird Rechnung gelegt, so kann gegen diejenigen Gesellschafter, die sie als richtig anerkannt haben, mittels Klage Berichtigung oder Vervollständigung[24]) verlangt werden.[25])

4. Allen Vorteil, den der Geschäftsführer durch die Ausübung seiner Befugnisse erlangt hat, oder alles Geld, das er zum Zwecke der Geschäftsführung erhalten, aber nicht dazu verwendet

[20]) Dieses Recht ist gleich dem auf Einsichtnahme in die Handelsbücher höchstpersönlich, also auch unübertragbar; vgl. Entsch. d. RG. v. 17. 6. 1902 im Recht 1902 Nr. 1680 S. 349.

[21]) Bd. 1 zu § 114 Anm. VI a S. 303; vgl. auch OLG. Marienwerder in ROLG. Bd. 8 S. 80.

[22]) vgl. auch die Zitate oben S. 46 Anm. 11.

[23]) RG. Bd. 26 S. 257; Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 26 S. 35.

[24]) Bezüglich sogen. diskretionärer Gelder besteht solcher Anspruch nicht; vgl. Volze Bd. 13 Nr. 503.

[25]) Bezüglich der Substantiierung einer Klage auf Rechnungslegung vgl. Seufferts Arch. Bd. 37 Nr. 206 S. 288. Gegebenenfalls steigert sich auch die Pflicht zur Rechnungslegung zur Offenbarungspflicht gemäß § 259 BGB.

hat, muß er an die Gesellschaft wieder herausgeben (§ 667 BGB.). Ein Geschäftsführer, der nicht vertretungsberechtigt ist und infolgedessen die Geschäfte im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft abschließen muß, erwirbt zwar Eigentum an den hierdurch erlangten Gegenständen, ist aber obligatorisch zu deren Herausgabe an die Mitgesellschafter verpflichtet.[26]) Hierunter fallen auch sogen. heimliche Provisionen, die ein geschäftsführender Gesellschafter bei der Geschäftsführung bezogen hat;[27]) anders ist wohl zu entscheiden bezüglich der Herausgabe von Geschenken und Extraprovisionen, die ein Beauftragter erhält.[28]) Die Herausgabe hat sofort nach der Erlangung zu erfolgen, ohne Rücksicht auf die allgemeine Abrechnung.[29])

5. Alles Geld, das der Geschäftsführer als vereinnahmtes (s. oben unter 4) oder als unbefugt für sich aus der Gesellschaftskasse entnommenes oder für sich verwendetes an die Gesellschaft abzuliefern hat, hat er von dem Tage an, an dem er es hätte abliefern sollen oder es entnommen hat, mit 5 % zu verzinsen (§§ 111, 352 Abs. 2 HGB.; § 668 BGB.). Erforderlich ist die tatsächliche Ablieferung an die Gesellschaftskasse, es genügt nicht eine bloße Buchung.[30]) Ein Geschäftsführer, der sich innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse hält, entnimmt so lange die im Geschäftsbetriebe notwendigen Mittel befugtermaßen aus der Gesellschaftskasse, als nicht ein andrer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht. Innerhalb dieser Grenzen darf er auch Geld zu seiner eigenen Befriedigung für eine fällige Forderung an die Gesellschaft sich herausnehmen. Hierbei handelt er als Vertreter der Gesellschafter mit sich selbst. Dies ist ihm nach § 181 BGB. gestattet, da es sich hierbei um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Ob es sich dabei um eine solche des Vertretenen gegen-

---

[26]) vgl. RG. Bd. 54 S. 106.

[27]) Staub zu § 114 Anm. 9 S. 441.

[28]) vgl. Staudinger Bd. 2, 2 zu § 667 Anm. 1 b S. 1011 f.

[29]) A. A. anscheinend Oertmann zu § 713 Anm. 2 c S. 774 und Staudinger Bd. 2, 2 zu § 713 Anm. I d S. 1139, welche beide zugleich auf § 721 BGB. verweisen.

[30]) Lehmann-Ring zu § 111 unter Nr. 3 S. 237; Makower zu § 111 Anm. II b S. 295.

über dem Vertreter oder des Vertreters gegenüber dem Vertretenen handelt, ist nach Sinn und Wortlaut des § 181 BGB. gleichgültig.[31])

6. Der Geschäftsführer kann die von ihm in Gesellschaftsangelegenheiten gemachten Aufwendungen ersetzt verlangen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 110 HGB.; § 670 BGB.). Das neue Handelsgesetzbuch will mit dieser Vorschrift, wie sich aus der Denkschrift (S. 83) ergibt, alles decken, was der frühere Art. 93 bestimmte. Daher sind unter den „Aufwendungen" alle Auslagen zu verstehen, die der Geschäftsführer in Gesellschaftsangelegenheiten macht und die er nach Lage der Sache unter Beobachtung der diligentia quam suis rebus (§ 708 BGB.)[32]) für erforderlich halten durfte, also vor allem Leistungen zur Tilgung von Forderungen gegen die Gesellschaft.[33]) Die Gesellschafter sind weiter auch verbunden, den Geschäftsführer von Verbindlichkeiten, die er für die Gesellschafter eingegangen ist, zu befreien, vorausgesetzt, daß er sich auch hierbei unter Prästierung der ihm obliegenden Sorgfalt innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehalten hat.[34])

§ 110 HGB. bestimmt ferner einen über die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches hinausgehenden, der Billigkeit Rechnung tragenden Ersatzanspruch für Verluste, die ein Gesellschafter unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erleidet. Unter den Verlusten sind nicht nur Einbußen am Vermögen, sondern auch Schäden an der Person[35]) (z. B. durch Eisenbahnunfall auf einer Geschäftsreise) gemeint. Die Ersatzpflicht richtet sich in ihrem Umfange nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts

---

[31]) vgl. Staudinger Bd. 1 zu § 181 Anm. 6b S. 561; Planck Bd. 1 zu § 181 Anm. 1 S. 315; Makower zu § 111 Anm. IIIb S. 295.

[32]) So auch Makower zu § 110 Anm. Ia S. 293; a. A. Lehmann-Ring zu § 110 Nr. 1 S. 234.

[33]) RG. Bd. 31 S. 141.

[34]) So auch Goldmann zu § 110 Anm. 1 Ziff. 4 S. 492; a. A. Lehmann-Ring zu § 110 Nr. 3 S. 234, der einen Liberationsanspruch nur nach allgemeinen Grundsätzen gewährt.

[35]) Goldmann zu § 110 Anm. 1 Ziff. 10 S. 493.

(§§ 249 ff. BGB.) mit den durch die §§ 253, 847 BGB. gegebenen Beschränkungen.

Voraussetzung für den Ersatzanspruch ist stets ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Geschäftsführung und dem Verluste.

Soweit dabei bare Auslagen gemacht worden sind, haben die Gesellschafter sie von der Aufwendung an mit 5 % zu verzinsen (§§ 110 Abs. 2, 352 Abs. 2 HGB.).

Nicht unerwähnt soll bleiben, daß die eben erwähnten Ersatzansprüche unter Umständen von jedem Gesellschafter, einerlei ob er geschäftsführender ist oder nicht, erhoben werden können. Sie haben aber trotzdem — entgegen der am Eingange dieses Abschnittes gegebenen Beschränkung — hier Aufnahme gefunden, da sie vor allem für den Geschäftsführer von weittragender Bedeutung sind.

7. Für die zur Erfüllung seiner Geschäftsführerpflichten notwendigen Aufwendungen kann er von der Gesellschaft Vorschuß fordern (§ 669 BGB.). Soweit er diesen nicht in Gesellschaftsangelegenheiten verwendet, hat er ihn zurückzugeben (s. oben unter 4).

8. Endlich die Frage: Kann ein Gesellschafter für die Dienste, die er als Geschäftsführer leistet, von den Gesellschaftern eine Vergütung verlangen?

Art. 93 Abs. 3 a. HGB. hat diese Frage ausdrücklich verneint; diese Bestimmung ist jedoch in das neue Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden.

Das Reichsgericht[36]) verhält sich der Vergütung gegenüber ziemlich ablehnend. Es ist davon auszugehen, daß ein Geschäftsführer wie jeder andere Gesellschafter alles tun muß, was das Interesse der Gesellschaft erheischt. Für die Erfüllung allgemeiner Gesellschafterpflichten kann selbstverständlich eine Entlohnung nicht gefordert werden. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, kann ein geschäftsführender Gesellschafter für die Dienste, die er in dieser Eigenschaft der Gesellschaft leistet, eine Entschädigung nicht beanspruchen; denn zu dem, was er für die Gesellschaft tut, ist er als Gesellschafter in der Regel auch verpflichtet (vgl. §§ 105, 114 HGB.; § 705 BGB.). Es kann jedoch der Gesellschaftsvertrag

[36]) Im Recht 1901 Nr. 1475 S. 385 u. Nr. 2060 S. 496.

eine andere Entscheidung dieser Frage ausdrücklich treffen, oder es kann bei seinem Schweigen seine Auslegung aus Billigkeitsgründen eine andere Lösung gebieten. So wird in den Fällen, wo mehrere Gesellschafter mit gleich hohen Einlagen beteiligt sind, einer aber die Geschäftsführung allein zu besorgen hat, regelmäßig bei der Bestimmung des Gewinnanteils auf die bedeutende Arbeitsleistung des einen gebührend im Vertrage Rücksicht genommen sein. Häufig wird der Geschäftsführer außer seiner Arbeitskraft keine weitere Einlage zu erbringen haben und doch in gleicher Weise wie die anderen mit Kapitaleinlagen beteiligten Gesellschafter am Gewinn partizipieren. Wenn ein Geschäftsführender neben den gewöhnlichen Betriebshandlungen noch besondere Arbeiten, für die er vielleicht durch seinen Beruf und seine Ausbildung befähigt ist, im Gesellschaftsinteresse leisten soll, dann wird man ihm für diese eine Vergütung nicht versagen können. Staub[37]) führt hierzu als Beispiel folgendes an: Ein Gesellschafter, der Baumeister ist, baut für die Gesellschaft ein Haus; mag er Geschäftsführer sein oder nicht, in jedem Falle dürfte er hier für seine Bauleitung die üblichen Kosten berechnen. Die Beurteilung der Frage muß aber zum Gegenteile führen, wenn der betreffende Gesellschafter gerade wegen seiner besonderen Fähigkeiten und um deren Verwertung willen in die Gesellschaft mitaufgenommen und mit der Geschäftsführung mitbetraut ist. In dieser Beziehung sei daran erinnert, daß eine große Anzahl Gesellschaften Juristen zu ihren Mitgliedern und Geschäftsführern zählen. Hier werden z. B. dem Rechtsanwaltsstande angehörige Gesellschafter für Anfertigung von Klagen und deren Durchführung wie auch für Abfassung sonstiger juristische Kenntnisse erfordernder Schriftstücke eine Vergütung nicht beanspruchen können. Es zeigt sich jedenfalls, daß die Frage nach einer besonderen Vergütung für geleistete Arbeiten nicht allgemein, sondern nur nach den besonderen Umständen im Einzelfalle zu beurteilen ist.[38])

Alle diese auf dem Gesetze beruhenden Bestimmungen über die Rechte und Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters

[37]) Zu § 110 Anm. 6 S. 432.

[38]) Im Ergebnisse mit Staub übereinstimmend Lehmann, HR. S. 295; auch Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 114; Denkschr. S. 83.

können durch Vertrag abgeändert oder durch andere ersetzt werden. So kann z. B. eine Vertragsbestimmung, durch die ein Gesellschafter zwar von der Verpflichtung zur Geschäftsführung entbunden, ihm jedoch das Recht auf dieselbe vorbehalten bleibt, nach den besonderen Verhältnissen notwendig und zweckmäßig erscheinen, so daß ihre Gültigkeit nicht bezweifelt werden kann.[39]) Es kann die Haftung des Gesellschafters auf Fahrlässigkeit erweitert[40]) oder auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Die Gesellschafter können auf Ersatzansprüche für Verluste aus der Geschäftsführung verzichten. Einem Gesellschafter wird möglicherweise auch für seine gewöhnlichen Dienste eine Vergütung zugebilligt, weil er der einzige Gesellschafter ist, der alle seine Zeit und Kraft in den Dienst der Gesellschaft stellt.

Verzichten schließlich die Gesellschafter auch auf ihre Kontrollrechte aus § 118 HGB. oder vereinbaren sie eine Beschränkung derselben, so statuiert das Gesetz im § 118 Abs. 2 die wichtige Ausnahme, daß eine derartige Bestimmung wirkungslos ist, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung gegeben ist. Diese Sondervorschrift ist zwingenden Rechts. Daher kann in solchem Falle ein Geschäftsführer einem Gesellschafter die Einsicht in die Bücher und Papiere nicht mit dem Hinweise auf den Verzicht oder die Beschränkung verweigern. Sache des Gesellschafters ist es jedoch, zuvor nachzuweisen, daß die Annahme einer unredlichen Geschäftsführung ausreichend begründet ist.

§ 10.

Die Beendigung der Geschäftsführungsmacht.

I. Den regelmäßigen Fall der Beendigung der Geschäftsführung bildet die Auflösung der Gesellschaft. Die hierzu führenden Gründe hat das HGB. im § 131 erschöpfend aufgeführt[1]): Zeitablauf, Beschluß der Gesellschafter, Konkurseröffnung über das

[39]) vgl. Urteil des RG. v. 24. 9. 1904 bei Holdheim Bd. 14 S. 47.

[40]) Dabei wird von der auch in der Literatur vertretenen Ansicht ausgegangen, daß die Haftung nach § 708 BGB. ein Minus gegenüber derjenigen aus § 276 BGB. bedeutet; arg. aus § 277 BGB.

[1]) vgl. Denkschr. S. 104.

Vermögen der Gesellschaft, Tod eines Gesellschafters, Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters, Kündigung und gerichtliche Entscheidung.

Auf diese Auflösungsgründe im einzelnen einzugehen, müssen wir uns hier versagen, im allgemeinen aber läßt sich folgendes ausführen:

Mit der Auflösung hört die offene Handelsgesellschaft auf, eine solche zu sein, „ihre produktive Seite hört auf".[2]) An die Stelle des regelrechten Gewerbebetriebs tritt jetzt mangels anderweiter Vereinbarung die Liquidation, d. i. die Abwicklung der laufenden Geschäfte und die gegenseitige Abrechnung nach der Versilberung der Gesellschaftsgegenstände. Mit dieser Umwandlung erlöschen alle in Verfolg des auf gewinnbringenden Gewerbebetrieb gerichteten Zweckes der Gesellschaft notwendigen Rechtsverhältnisse, insbesondere Geschäftsführung und Vertretung. Nun ist freilich denkbar, daß — z. B. bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters oder bei Tod eines solchen — der geschäftsführende Gesellschafter nicht sogleich von diesen Ereignissen, durch deren Eintritt die Gesellschaft — mangels anderweiter Vereinbarungen — ohne weiteres aufgelöst ist, Kenntnis erhält. Um nun den Geschäftsführer, der, ohne Kunde hiervon zu haben, noch weiter für die Gesellschaft tätig ist, vor Schaden zu bewahren, bestimmt das HGB. in § 136, daß die Gesellschaft zugunsten jenes so lange als fortbestehend gilt, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß, seine Unkenntnis also nur noch auf Fahrlässigkeit beruht (§ 122 Abs. 2 BGB.). Diese dem Interesse des Geschäftsführers dienende gesetzliche Vorschrift greift Platz in allen Fällen der Auflösung, außer wenn sie auf Grund einer Kündigung erfolgt ist. Denn diese muß jedem einzelnen Gesellschafter,[3]) nicht nur dem geschäftsführenden[4]) oder der Firma gegenüber[5]) erklärt werden. Doch wird man es mit dem Reichsgericht (in der eben angezogenen Entscheidung) für ausreichend erachten, wenn die an

[2]) Staub zu § 131 Anm. 1 S. 496.
[3]) Knoke S. 106, 107.
[4]) OLG. Kiel in ROLG. Bd. 9 S. 110.
[5]) RG. Bd. 21 S. 93.

die Gesellschaft gerichtete Kündigung nur rechtzeitig zur Kenntnis aller Gesellschafter gelangt ist.[6]) Da nach gesetzlicher Bestimmung die Kündigung nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs und unter Einhaltung einer Frist von mindestens sechs Monaten zulässig ist, so bedeutet „rechtzeitig", daß die Erklärung wenigstens vor Beginn dieses Zeitraumes den Gesellschaftern bekannt geworden sein muß (vgl. §§ 132, 134, 135 HGB.). Abweichende Verabredungen sind statthaft, sofern sie nur das Kündigungsrecht nicht überhaupt ausschließen.

II. Selbstverständlich erlischt die Geschäftsführungsmacht, da sie an der Mitgliedschaft hängt, auch durch das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters gemäß §§ 138, 140, 141 HGB. bei Fortbestehen der Gesellschaft.

III. Nach geltendem Rechte kann die Geschäftsführungsbefugnis einem Gesellschafter auch entzogen werden.

Art. 101 a. HGB. (vgl. auch § 712 BGB.) bestimmte nur, daß die durch den Gesellschaftsvertrag „übertragene" Geschäftsführung nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden könnte. Gestützt auf den Wortlaut dieses Gesetzes verneinte unter dessen Herrschaft die gemeine Lehre die Möglichkeit des Widerrufs bei der „auf dem Gesetz" beruhenden Geschäftsführung.[7]) Für die von uns vertretene Meinung, daß jede Geschäftsführung auf das Gesetz sich gründet, bietet sich für eine derartige Scheidung kein Raum.

Jetzt ist diese Streitfrage gegenstandslos geworden durch die Fassung des § 117 HGB. Danach kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß jede Geschäftsführung, wie immer sie geartet ist, ob Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung, ob gesetz- oder vertragsmäßige, durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden kann.[8])

Zur Voraussetzung hat die Entziehung das Vorliegen eines Antrages der übrigen Gesellschafter und eines wichtigen Grundes. Ihre Geltendmachung erfolgt durch Klage aller übrigen, also auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, ge-

[6]) So auch Staub zu § 132 Anm. 5 S. 501; a. A. Goldmann zu § 132 Anm. 2 Ziffer 17 S. 586.

[7]) A. A. schon unter altem Rechte v. Gorski S. 90ff.

[8]) vgl. hierzu auch Denkschr. S. 86.

richtet gegen den Gesellschafter, dem sie entzogen werden soll. Ein Widerruf der Geschäftsführung in Form eines Beschlusses ist jetzt völlig wirkungslos.[9]) Das ist der wichtige Unterschied zwischen dem alten Handelsgesetzbuch und dem Bürgerlichen Gesetzbuch einerseits und dem neuen Handelsgesetzbuch andrerseits. Der Geschäftsführer der offenen Handelsgesellschaft kann daher trotz eines solchen Beschlusses bis zur gerichtlichen Entscheidung die Geschäfte wie bisher weiterführen und braucht, sofern er sich nur innerhalb der Grenzen seiner Befugnis hält und die ihm obliegende Sorgfalt beobachtet, nicht zu befürchten, daß die übrigen Gesellschafter die Anerkennung dieser Geschäfte mit der Begründung verweigern können, ihm fehle seit Erlaß und Bekanntgabe jenes die Entziehung fordernden Beschlusses bereits die materielle Berechtigung zur Vornahme irgendwelcher Geschäftsführerhandlungen.[10])

Was den wichtigen Grund zur Rechtfertigung der Entziehung anlangt, so überläßt das Gesetz dessen Feststellung dem freien richterlichen Ermessen. Es beschränkt sich darauf, zwei Gründe als wichtige namhaft zu machen: grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Grobe Pflichtverletzung setzt, wie keines weiteren Wortes bedarf, ein Verschulden des Geschäftsführers voraus,[11]) während die Unfähigkeit unverschuldet sein kann, z. B. infolge Geisteskrankheit.

Soll man den die Entziehung rechtfertigenden Grund nach diesen vom Gesetz gegebenen Beispielen allgemein bestimmen, so wird man sagen können, daß er stets dann als gegeben anzusehen ist, wenn infolge eingetretener Umstände die gedeihliche Fortführung des Betriebes durch den Geschäftsführer gefährdet erscheint.[12])

In jedem Falle, selbst bei Vorliegen der vom Gesetze beispielsweise angeführten Gründe, hat das Gericht nach freiem Ermessen über den Entziehungsantrag zu entscheiden unter Berücksichtigung aller Umstände und nach Prüfung der Gesamtlage.

---

[9]) vgl. die zutreffende Begründung in der Denkschr. S. 86 in Verb. mit S. 93.

[10]) Die gegenteilige Ansicht v. Gorskis S. 98 gründet sich auf die Bestimmung des a. HGB.

[11]) z. B. ROHG. Bd. 20 S. 267 (Benutzung der Firma zu Privatzwecken).

[12]) vgl. auch Goldmann zu § 127 Anm. 1 Ziffer 3 S. 560.

Das Gesetz sagt im § 117: „Die Befugnis ... kann ... entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". Es braucht also der Richter keineswegs die Geschäftsführung zu entziehen, wenn auch nach seiner Überzeugung zwar eine grobe Pflichtverletzung vorliegt, aber andrerseits noch andere Umstände gegeben sind, die eine mildere Auffassung der Gesamtlage rechtfertigen.[13]) Es kann sich z. B. der Geschäftsführer aufs gröblichste wider seine Pflichten vergangen haben, aber die übrigen Gesellschafter haben ihm durch ihr Verhalten Anlaß dazu gegeben, sie haben ihn gereizt u. dgl.[14])

Mit Eintritt der Rechtskraft der die Entziehung aussprechenden gerichtlichen Entscheidung erlischt die Geschäftsführungsmacht des betreffenden Gesellschafters, sie hat also konstitutive Wirkung.

IV. Die Frage, ob ein geschäftsführender Gesellschafter auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen kann, läßt das Handelsgesetzbuch unerörtert. Da nun das Schweigen des Gesetzes nicht ohne weiteres als eine Verneinung dieser Frage gedeutet werden kann, so sind ergänzend die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches heranzuziehen. Dort wird im § 712 Abs. 2 dem geschäftsführenden Gesellschafter bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes die Befugnis zugesprochen, seinerseits die Geschäftsführung zu kündigen, und im übrigen auf die entsprechende Anwendung der für den Auftrag geltenden Bestimmungen des § 671 Abs. 2 u. 3 verwiesen.

In der Literatur herrscht nun Streit darüber, ob die Kündigung nur bei der „übertragenen" oder auch bei der „auf Gesetz beruhenden" Geschäftsführung zulässig ist. Wir schließen uns den Ausführungen Goldmanns,[15]) der die erstere Meinung vertritt, mit der durch unsere Auffassung (oben § 4 S. 23) gebotenen Modifizierung an.[16]) Das bedeutet also für die offene Handelsgesellschaft, daß nur die nach dem Gesellschaftsvertrage lediglich einem

[13]) vgl. ROHG. Bd. 18 S. 396; RG. Bd. 24 S. 137ff.; a. A. Goldmann zu § 117 Anm. 1 Ziff. 5 S. 521.

[14]) Makower zu § 117 Anm. Id S. 308.

[15]) Zu § 117 Anm. 13 Ziff. 3 S. 523.

[16]) So auch Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 709 Anm. 6 S. 771 und zu § 712 Anm. 1 S. 772.

oder mehreren, sei es zu alleiniger oder zu gemeinschaftlicher Ausübung, überlassene Geschäftsführungsmacht (§§ 114 Abs. 2, 115 HGB.) von dem betreffenden Gesellschafter gekündigt werden kann. Eine Ausdehnung dieses Kündigungsrechts auch auf die sogen. gesetzliche Geschäftsführungsmacht (im Sinne der §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB.) erscheint auch deshalb ausgeschlossen, weil damit dem Gesellschafter das Recht zugebilligt würde, unter Umständen seine Vertragspflichten zu vermindern, denn nach dem Handelsgesetzbuche hat grundsätzlich jeder einzelne Gesellschafter das Recht und die Pflicht zur selbständigen Geschäftsführung.[17])

Die Kündigung ist aber nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt (z. B. Krankheit); sie darf ferner nur in der Weise ausgeübt werden, daß die übrigen Gesellschafter „für die Besorgung der Geschäfte anderweit Fürsorge treffen können" (§§ 712 Abs. 2, 671 Abs. 2 BGB.). Mißachtet der Geschäftsführer diese Vorschrift, so bleibt seine Kündigung zwar wirksam, er macht sich aber schadensersatzpflichtig, falls der Gesellschaft durch seine unzeitige Kündigung Schaden erwächst. Diese Beschränkung des Kündigungsrechtes fällt jedoch weg, wenn der Geschäftsführer auch für die unzeitige Kündigung einen wichtigen Grund hat.

Ein Verzicht auf das Kündigungsrecht ist gültig, doch ist der geschäftsführende Gesellschafter hieran dann nicht gebunden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 671 Abs. 3). Natürlich unterliegt die Kündigung auch hier den Beschränkungen des § 671 Abs. 2 BGB.

Die Kündigung bedarf keiner Form; sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch sie ist, wie die Kündigung der Gesellschaft (s. oben unter I), da sie eine Änderung des Gesellschaftsvertrages anstrebt, gegenüber allen Gesellschaftern vorzunehmen. Ob ein wichtiger Grund gegeben ist, entscheidet im Streitfalle freies richterliches Ermessen.

Anders als im Wege der Kündigung darf der Gesellschafter sich seiner Verpflichtung zur Geschäftsführung nicht entziehen, insbesondere ist eine willkürliche Niederlegung derselben unzulässig.

---

[17]) So auch Makower Bd. 1 zu § 117 Anm. II S. 308; im Ergebnisse übereinstimmend entgegen seiner früheren Ansicht Staub zu § 117 Anm. 7 S. 449; a. A. Goldmann zu § 117 Anm. 3 Ziff. 13 S. 523, 524 mit u. E. unzureichender Begründung.

Eine solche Handlungsweise würde den Gesellschafter zum Schadensersatze verpflichten und die übrigen zur Kündigung der Gesellschaft oder zu seiner Ausschließung berechtigen. Dagegen ist es

V. natürlich möglich, daß ein Gesellschafter *mit Zustimmung der übrigen* die Geschäftsführung *niederlegt*. Dies ist eine Vertragsänderung und ist daher wie jede andere zu beurteilen.

VI. Ebenso wie die Erteilung der Geschäftsführung durch *einstweilige Verfügung* des Gerichts unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist (s. oben S. 24), so kann sie auch auf demselben Wege wieder entzogen werden (§§ 938, 940 ZPO.).[18] Dies geschieht auf Antrag, um vor rechtskräftiger Entscheidung der auf Entziehung gerichteten Klage weitere Schädigungen durch den geschäftsführenden Gesellschafter hintanzuhalten, ferner zur Sicherung des Rechts auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Ausschließung des Geschäftsführers. Auch diese Maßregel hat nur provisorischen Charakter bis zur Entscheidung über die Hauptsache.

Antragsberechtigt sind die übrigen Gesellschafter, aber auch jeder einzelne, sofern er nur allein die Entziehung, die Auflösung oder Ausschließung zu fordern befugt ist.

In diesem Zusammenhange sei nochmals auf eine oben (§ 2) gestreifte Ansicht zurückgegriffen. Bei den engen Wechselbeziehungen zwischen Geschäftsführung und Vertretung und bei deren aus praktischen Gründe nfast regelmäßig erfolgendem Zusammentreffen in *einer* Person mag es scheinen, als müsse eine Beendigung der einen Befugnis zugleich auch die der anderen zur Folge haben. Das ist jedoch nicht der Fall.[19] Insbesondere ist die Regel des § 715 BGB., wonach die Vertretungsmacht, wenn sie in Verbindung mit der Geschäftsführungsbefugnis erteilt ist, nur mit dieser entzogen werden könne, nicht anwendbar auf das Recht der offenen Handelsgesellschaft. Die weit schärfere Durchführung, die hier die Scheidung der beiden Begriffe erfahren hat, fordert auch eine vollständig getrennte Beurteilung ihrer Beendigung.

---

[18] vgl. *Staub* zu § 117 Anm. 6 S. 449.

[19] Ausgenommen natürlich im Falle der Auflösung der Gesellschaft.

Zur Entziehung beider Befugnisse ist eine gerichtliche Entscheidung notwendig (§§ 117, 127); ein Beschluß der Gesellschafter ist, wie wir gesehen haben, wirkungslos. Darum kann bei einer lediglich auf Entziehung der einen Befugnis gerichteten Klage das daraufhin ergehende Erkenntnis nicht auch die andere beenden, mögen auch beide Befugnisse demselben Gesellschafter zur gleichen Zeit zugestanden haben, möge auch die Meinung gerechtfertigt sein, die Gesellschafter hätten natürlich auch die andere beenden wollen.

Anhang. 1. Nicht ohne Schwierigkeiten ist die Frage, wie sich das Rechtsverhältnis bei Fortbestehen der Gesellschaft nach der Beendigung der Geschäftsführungsmacht eines Mitgliedes (durch Kündigung, Entziehung oder durch Ausscheiden eines geschäftsführenden Gesellschafters) gestalten wird. Das Gesetz schweigt sich hierüber aus. Trifft auch der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall keine Anordnungen, so ist die Entscheidung nur nach Zweckmäßigkeit und Billigkeit zu suchen.

Als Grundsatz dürfte festzuhalten sein: Soweit die neben der beendeten Geschäftsführung anderen Gesellschaftern zustehende Befugnis durch die Beendigung jener nicht unmittelbar beeinflußt wird, bleibt sie bestehen.

Damit ist die Beantwortung dann, wenn der Gesellschafter bisher Einzelgeschäftsführer war, während außer ihm noch andere die Befugnis zur Geschäftsführung zur alleinigen oder gemeinschaftlichen Ausübung besaßen, ohne weiteres gegeben: hier führen die anderen die Geschäfte wie bisher weiter. Auch bei derart angeordneter Gesamtgeschäftsführung, daß z. B. von den Gesellschaftern immer nur zwei oder drei zusammen handeln dürfen, kann der Wegfall eines Geschäftsführers, sofern damit deren Zahl nicht unter die zur Mitwirkung geforderte sinkt, die Weiterführung des Betriebes nicht hindern.

War dagegen dem ausscheidenden Geschäftsführer die Befugnis allein oder wenigstens ein bestimmter Teil derselben zur ausschließlichen Ausübung überlassen, so daß die Mitgesellschafter ganz bezw. zum Teil von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren (§ 114 Abs. 2 HGB.), so erscheint es uns billig, in dem Augenblicke, wo durch den Wegfall jenes Gesellschafters die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gegenstandslos wird, die Lage so zu

beurteilen, als enthalte der Vertrag diese Anordnung überhaupt nicht: folglich gilt das Gesetz (§§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB.); es würde also die Befugnis, soweit sie dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugestanden hat, nunmehr einem jeden der übrigen zukommen.

Diese Lösung schlägt Staub[20]) ganz allgemein vor, also auch dann, wenn alle Geschäftsführer nur gemeinschaftlich handeln dürfen. Diese Regel ist zwar sehr einfach, erscheint aber zu schablonenhaft und nimmt auf die Bedürfnisse im Einzelfalle keine Rücksicht; ihre Anwendung in dem eben erwähnten Falle der Kollektivgeschäftsführung dünkt uns nicht unbedenklich. Die Anordnung der Gesamtgeschäftsführung dient doch eben gerade dazu, der Gesellschaft größere Garantien gegen ein zu übereiltes Handeln ihrer Mitglieder zu verschaffen. Es kann nicht im Interesse der Gesellschaft gelegen sein, beim Wegfalle eines Gesamtgeschäftsführers diesen Schutz einfach preiszugeben und jedem einzelnen selbständig die Geschäftsführungsbefugnis zu überlassen. Praktischer erscheint uns daher folgender Ausweg: Die angeordnete Gesamtgeschäftsführung bleibt bestehen, doch ist ihre Ausübung tatsächlich gehemmt, bis die Gesellschafter eine andere Regelung getroffen haben. In der Zwischenzeit ist jeder Gesamtgeschäftsführer nach der allgemeinen Bestimmung des § 115 Abs. 2 HGB. nur zu den Handlungen befugt, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist. Damit dürfte dem Interesse der Gesellschaft in der Übergangszeit ausreichend gedient sein.

Der Ansicht Staubs tritt auch Goldmann,[21]) wenigstens bei angeordneter Gesamtgeschäftsführung, bei.[22]) Im übrigen will er nach dem Inhalte des Gesellschaftsvertrages unterschieden wissen, ob die Gesellschafter dem einen die Geschäftsführungsbefugnis erteilt haben in Abhängigkeit von dem Fortbestehen der gleichzeitig einem anderen überlassenen, oder ob eine solche Rücksichtnahme nicht obgewaltet hat. U. E. wird aber der Wortlaut des Vertrages in der Regel dem Interpreten keinen allzu greifbaren Anhalt für den mutmaßlichen Willen der Gesellschafter

[20]) Staub zu § 117 Anm. 4 S. 448.

[21]) Zu § 117 Anm. 2 Ziff. 8 S. 522.

[22]) vgl. auch Makower zu § 117 Anm. Ia² S. 306.

bieten, denn nur zu häufig wird der Vertrag sich einfach auf die Feststellung beschränken, wer die Geschäftsführung ausüben soll.

2. Schließlich ist noch einer Sonderbestimmung des Handelsgesetzbuches für den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters kurz zu gedenken: Nach § 137 hat dann der Erbe des verstorbenen Gesellschafters die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige des Todes und bei Gefahr im Verzuge auch zur Fortführung der von dem Erblasser zu besorgenden Geschäfte, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm Fürsorge treffen können. Innerhalb des Rahmens dieser Abhandlung interessiert die Vorschrift insoweit, als der Erblasser Geschäftsführer der Gesellschaft war. In diesem Falle trifft den Erben neben der Anzeigepflicht bei Gefahr im Verzuge auch die Verpflichtung zur Vornahme der vom Erblasser zu besorgenden Geschäfte: es geht also Recht und Pflicht zur Geschäftsführung unter Beschränkung auf die durch Gefahr im Verzuge gebotenen Handlungen kraft Gesetzes auf den Erben über.

Wer aber ist der Erbe im Sinne dieser Gesetzesvorschrift? Die Ansicht Staubs,[23]) „Erbe" des Gesellschafters sei derjenige, der die Erbschaft antritt, läßt sich nicht halten. Die Tendenz dieser Gesetzesbestimmung spricht unbedingt dagegen. Sie will über die erste Zeit nach dem Ableben des (geschäftsführenden) Gesellschafters hinwegzuhelfen versuchen, indem sie sofort für die dringlichsten Fälle einen Ersatzmann beruft. Die Bedeutung dieser Bestimmung würde illusorisch werden, wollte man erst dem die Erbschaft antretenden Erben jene Verpflichtung auferlegen, inzwischen könnten seit Erlangung der Kenntnis vom Erbfall bereits sechs Wochen oder gar sechs Monate verstrichen sein (§§ 1942, 1943, 1944 BGB.). Aus diesem Grunde ist der auf die §§ 1922, 1942 BGB. gestützten Meinung Goldmanns,[24]) daß auch der vorläufige Erbe der vom Gesetz zur einstweiligen Ausübung der Geschäftsführertätigkeiten berufene „Erbe" sei, solange er die Erbschaft noch nicht ausgeschlagen habe, beizutreten. Schlägt dieser nachträglich die Erbschaft aus, so ist er demjenigen gegenüber, der

[23]) Zu § 137 Anm. 1 S. 513.
[24]) Zu § 137 Anm. 1 Ziff. 3 S. 602.

Erbe wird, aus der von ihm bewirkten Geschäftsbesorgung nach § 1959 BGB. wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet.[25])

Die einem Erben nach § 137 HGB. auferlegten Pflichten gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 BGB.), für deren Erfüllung bei Vorhandensein mehrerer Erben diese gemäß §§ 2058 ff. BGB. als Gesamtschuldner einzustehen haben. Das Maß der Haftung ist das gleiche, als wenn die Erben selbst Gesellschafter wären[26]) (arg. aus § 137 Abs. 1 Satz 3 HGB.).

---

[25]) So auch Makower zu § 137 Anm. IIIa S. 365.

[26]) Ebenso Makower zu § 137 Anm. IIIa S. 365; Lehmann-Ring (zu § 137 Nr. 3 S. 297) läßt die wirklichen Erben für culpa in concreto, die einstweiligen Erben dagegen wie Geschäftsführer ohne Auftrag für omnis culpa (also weit schärfer!) haften.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.